

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LE DIVORCE ET LA PUISSANCE PATERNELLE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le mardi 2 juin 1908, à 1 heure précise,

PAR

JACQUES PELTIER

AVOCAT A LA COUR

Président : M. PIÉDELIEVRE, professeur.

Suffragants :

{	MM. MASSIGLI, professeur.
	SAUZET, professeur.

PARIS

A. PEDONE, ÉDITEUR

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, rue Soufflot, 13

1908

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LE DIVORCE

ET LA

PUISSANCE PATERNELLE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le mardi 2 juin 1908, à 1 heure précise,

PAR

JACQUES PELTIER

AVOCAT A LA COUR



Président : M. PIÉDELIÈVRE, professeur.

Suffragants : { MM. MASSIGLI, professeur.
SAUZET, professeur.

PARIS

A. PEDONE, ÉDITEUR

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, rue Soufflot, 13

1908

AVANT-PROPOS

Encore que rétabli déjà depuis de longues années dans nos lois, le divorce est une de nos institutions qui donne lieu aux discussions les plus nombreuses, qui est chaque jour défendu ou combattu avec acharnement suivant les principes philosophiques ou sociaux dont se réclament ses partisans et ses détracteurs.

Certains trouvent trop étroite encore la brèche faite dans l'ancienne indissolubilité du mariage puisqu'ils réclament le rétablissement du divorce par consentement mutuel, d'autres, au contraire, voyant en lui une désorganisation de la famille, le considèrent comme funeste au point de vue social.

Parmi les arguments apportés contre le divorce nous n'en retiendrons qu'un seul, qui servira de point de départ à l'étude que nous nous proposons : « Le divorce, a-t-on dit, sacrifie l'intérêt des enfants à celui des parents ». Le père et la mère pour reprendre leur liberté, ne songent pas quel prix ils l'achètent et laissent derrière eux un foyer détruit. L'enfant est

confié à l'un des parents et vit dans l'oubli de celui qui n'a point pour mission de l'élever ; souvent encore il entre dans une nouvelle famille, famille qui n'est pas la sienne et où toutes ses aspirations se trouvent combattues.

C'est un argument purement moral et d'une très grande valeur ; c'est celui que M. Bourget a si magistralement développé pour nous montrer la loi de divorce « comme meurtrière de la vie familiale et de la vie religieuse, loi d'amertume et de discorde qui promet la liberté et le bonheur, et où l'on ne trouve que la servitude et la misère. »

L'objection tirée de l'intérêt des enfants a pourtant ses adversaires : « ce qui fait le malheur des enfants, nous dit M. Planiol, ce n'est pas la rupture légale du mariage, c'est la rupture de fait, la discorde, la haine, le crime dont ils sont témoins et victimes ». Il est salubre pour les enfants de sortir d'une famille contaminée, et leur éducation morale ne peut qu'y gagner. » Qu'on supprime le divorce en leur nom et les voilà forcés de rester les témoins impassibles des luttes et des haines qui bouleversent la vie familiale.

Nous ne prendrons pas parti dans une discussion où des éléments moraux entrent seuls en jeu, nous nous placerons sur le terrain du droit et nous nous demanderons si le législateur a rempli son devoir à l'égard des enfants.

Un fait existe : le divorce. Le lien conjugal est détruit. Qu'a-t-on fait pour sauvegarder les droits de l'enfant ? Nous sommes forcés de constater, en lisant les textes, que le législateur s'est bien peu préoccupé de celui dont il supprime le foyer.

On a songé aux enfants naturels que les tendances actuelles cherchent à assimiler de plus en plus à l'enfant légitime, on a même récemment voté une loi permettant dans certains cas de légitimer l'enfant adultérin ; qu'a-t-on fait pour l'enfant dont les père et mère sont divorcés ?

Evidemment on considère que son sort n'a point changé il possède toujours une famille, la loi se contente de réglementer certaines situations et encore le fait-elle d'une manière si peu précise qu'elle donne lieu aux interprétations les plus diverses.

La plupart du temps le code n'a rien prévu et c'est au juge qu'il appartient de régler les cas les plus nombreux sans même que les textes lui donnent un principe directeur bien établi pour baser ses déterminations.

Nous allons nous demander ce que devient *la puissance paternelle* après le divorce, et nous essaierons sur ce point spécial de montrer les réformes nombreuses que nécessite notre législation actuelle.

INTRODUCTION

Historique.

Avant d'entrer dans l'étude même de notre sujet, il importe de dégager les divers points de départ qui ont guidé le législateur et les principes qui lui ont servi à établir les règles qu'il nous a données.

Ces points de départ ont-ils toujours été les mêmes; c'est ce que nous nous proposons d'étudier, en passant en revue les diverses législations qui ont précédé la nôtre.

Droit romain.

Le droit romain a consacré le divorce dès la plus haute antiquité et une vue d'ensemble ne suffirait pas à répondre à la question posée tant les effets du divorce sur la puissance paternelle subirent de variations.

Ancien droit. — Dans l'ancien droit la famille repose tout entière sur l'idée de la *Patria potestas*. Le *Paterfamilias* est le maître absolu des membres qui

la composent, pouvoir qui à l'origine peut se comparer à celui que la loi donne sur les choses proprement dites. Pouvant être acquise d'une manière fictive par adoption par exemple, la *Patria potestas* a comme source normale : le mariage. C'est alors le père seul qui gouverne la famille tout entière, lui seul qui exerce « la puissance paternelle ». La mère, elle-même, soumise à cette puissance *loco filiaë*, n'a pas la moindre autorité sur ses enfants. Comment s'étonner qu'avec un pareil système les Romains ne se soient pas préoccupés du sort des enfants au cas de divorce? Comment leur sort aurait-il pu changer ? Comme durant le mariage, ils vont rester soumis à la puissance de leur père dont la volonté seule pourra les rendre *sui juris*.

Période classique. — Mais peu à peu, cette conception si dure de la puissance paternelle, va se modifier: de l'époque classique à Justinien la rigueur s'atténue. Outre que les droits sur l'enfant s'adoucissent, on va enfin reconnaître le lien qui existe entre la mère et l'enfant, c'est l'époque des sénatus-consultes Tertullien et Orphitien.

Pendant cette période classique, Antonin le Pieux donne le droit de garde à la mère dans l'intérêt de l'enfant au cas où le père est indigne de l'avoir. Pourtant il ne lui enlève pas « la puissance paternelle », puisqu'il a l'interdit « *de liberis exhibendis* » pour

réclamer son enfant, lorsque c'est une personne étrangère qui en est chargée. En 293, Dioclétien et Maximilien donnent aux juges dans une constitution le pouvoir de statuer sur la garde des enfants qu'ils pourront accorder au plus digne des parents (C. S., 24, *L. unica*).

Epoque de Justinien. — Enfin avec Justinien, en même temps que la *Patria potestas* devient moins dure, que les droits de la femme et de l'enfant augmentent, le christianisme tend à faire restreindre le divorce ; c'est alors dans la Nouvelle 117 que nous voyons apparaître l'origine de notre article 302. Le tribunal n'a plus le pouvoir discrétionnaire que lui avait donné la constitution de Dioclétien et Maximilien : il devra confier la garde de l'enfant à l'époux au profit duquel le divorce aura été prononcé. Toutefois si c'est la mère qui est chargée de l'enfant, elle perdra son droit de garde par l'effet d'un second mariage.

Si la répudiation par la femme a été faite sans cause, le mari gardera l'usufruit de la dot, à charge d'entretenir les enfants. S'il n'y a pas d'enfant, il en aura la pleine propriété.

Droit de l'ancien régime.

L'Eglise, après avoir toléré le divorce à l'origine alors qu'elle ne pouvait le faire disparaître immédiatement, fit proclamer l'indissolubilité du mariage par

le Concile de Trente. La séparation de corps fut seule admise à partir de cette époque. Ce sont les dispositions du droit canonique qui nous donnent le plus de renseignements sur cette institution. Ce n'est qu'à partir du XVI^e siècle que le pouvoir royal promulgua de nombreuses ordonnances admettant ou répudiant les principes canoniques. Nous savons que lorsque la séparation était prononcée pour adultère de la femme, celle-ci était enfermée pendant deux ans dans un monastère. Il est facile de conclure, en présence de ce châtement, qu'on ne songeait nullement à lui confier la garde de ses enfants. Lorsqu'au contraire c'était aux torts du mari qu'avait lieu la séparation, c'était elle qui obtenait cette garde.

Droit intermédiaire.

Nous retrouvons le divorce au moment où il est réglementé dans nos lois par le texte du 20 septembre 1792.

Loi du 20 septembre 1792. — Sous l'empire de cette loi, dans le cas de divorce par consentement mutuel ou incompatibilité d'humeur, les enfants âgés de moins de sept ans étaient confiés à la mère. Le père avait la garde des garçons au-dessus de cet âge. Pourtant il est permis aux parents de prendre d'un commun accord toute autre détermination. Lorsque le divorce

avait une cause déterminée, « l'assemblée de famille » réglait le sort des enfants.

Cette loi qui déjà péchait par son exagération fut encore aggravée par les décrets du 8 nivôse an II, des 4-9 floréal de la même année et de la loi du 24 vendémiaire an III. Les excès amenés par ces diverses dispositions firent bientôt sentir le besoin d'une révision. *Les lois de l'an V et du 13 fructidor an VI* furent votées, mais le nombre des divorces ne diminua pas. En ce qui concerne l'exercice de la puissance paternelle, c'est la loi de 1792 qui resta en vigueur jusqu'à la loi du 21 mars 1803 qui devint le titre du divorce dans le code civil.

Code civil.

Au sujet de la puissance paternelle en face du divorce, le code admet d'abord un principe, c'est que les enfants seront confiés à l'époux qui aura obtenu le divorce. Mais il laisse au tribunal la faculté de statuer au mieux des intérêts des enfants. L'article 302 est passé tout entier dans notre loi de 1884. Au cas de divorce par consentement mutuel, la propriété de la moitié des biens de chacun des époux était acquise, du jour de leur première déclaration, aux enfants nés du mariage ; les parents en conservaient néanmoins la jouissance pendant la minorité comme indemnité des charges d'entretien et d'éducation.

Le divorce ayant été supprimé le 8 mai 1816 pour ne réapparaître que par la loi de 1884, nous pouvons considérer comme terminé l'aperçu historique qui nous a montré l'exercice de la puissance paternelle en présence du divorce dans les diverses législations qui ont admis celui-ci.

Il nous reste maintenant à étudier cette puissance paternelle telle qu'elle se trouve réglementée actuellement.

Que devient la Puissance paternelle après le divorce.

Systèmes proposés par les auteurs.

La puissance paternelle est l'ensemble des droits et des pouvoirs que la loi accorde aux père et mère sur la personne et sur les biens de leurs enfants pour leur permettre de remplir leurs devoirs de parents (1).

L'expression de puissance paternelle n'est donc pas complètement exacte puisque les parents ont comme contre-partie de leurs pouvoirs de lourds de-

(1) Planiol, t. I, n° 2379.

voirs à remplir. De plus, cette puissance n'appartient pas toujours au père et nous verrons au cours de cette étude que la mère peut être appelée à l'exercer. Il y a là une survivance de l'expression *Patria potestas* romaine, ainsi que le fait remarquer M. Planiol.

Quoi qu'il en soit, tant que dure le mariage, une seule personne possède en fait l'exercice de la puissance paternelle : c'est le père. L'association conjugale nécessite la suprématie de l'un des époux sur l'autre. Les deux conjoints possèdent bien la même autorité, mais le souci d'éviter les conflits qui forcément surgiraient a amené le législateur à « confier « l'exercice de ces droits à une main unique qui est « naturellement celle du mari ». Cette centralisation des pouvoirs entre les mains du père se trouve énoncée dans l'article 373 du code civil : « Le père seul exerce cette autorité durant le mariage ». L'expression de puissance paternelle est donc exacte, seulement tant que dure le lien matrimonial.

Que va-t-il se passer lorsque ce lien sera rompu, lorsque le père n'aura plus droit à sa suprématie. « La décentralisation s'opère, dit M. Willequet (1), « l'inégalité cesse, la subordination disparaît ». Les deux époux pourront-ils donc au même titre exercer leur autorité ? On serait tenté de le penser puisque

(1) Willequet, p. 261 (Considérations sur le débat).

l'article 373 ne donne l'autorité au *père seul* que tant que dure le mariage. Cependant, si l'unité de direction est nécessaire au cours du mariage, ne va-t-elle pas être plus nécessaire encore lorsque le mariage sera dissous, lorsque nous nous trouverons en présence de deux époux qui ne seront plus en communion de sentiments.

Un élément nouveau entre d'ailleurs en jeu : l'intérêt de l'enfant, de l'enfant qu'il va falloir protéger contre ses parents.

Ces divers points de vue ont amené les auteurs à se poser la question suivante : Lorsque le divorce aura été prononcé, que deviendra l'exercice de la puissance paternelle, à qui incomberont les devoirs et les charges des parents envers leurs enfants, qui aura l'exercice des droits que possédait seul le père ?

Divers systèmes ont été proposés par les auteurs :

1° La puissance paternelle va où va le droit de garde ;

2° Elle se partage entre les deux conjoints ;

3° Elle est maintenue entre les mains du père ;

4° La puissance paternelle disparaît pour faire place à la tutelle.

§ 1.— La puissance paternelle va où va le droit de garde.

C'est la théorie admise par Zachariæ et soutenue par lui dans son tome I^{er}, n° 271. La puissance pater-

nelle n'existe plus pour l'époux contre lequel le divorce a été prononcé. Ce n'est que par exception que la loi ou le jugement peut lui en attribuer un des éléments. L'époux qui succombe dans l'instance est pour ainsi dire *mort* pour la puissance paternelle. Puis, admettant que le droit *de garde* et le droit *de correction* sont les éléments les plus essentiels de la puissance paternelle, démontrant que le droit de correction ne peut être efficacement exercé que par le gardien, il pose comme principe que tous les autres éléments de la puissance paternelle doivent se trouver réunis dans les mêmes mains, c'est-à-dire dans celles de celui qui possède le *droit de garde*.

Cette théorie est évidemment facile à combattre et M. Coulon fait remarquer qu'il n'y a aucune nécessité à mettre dans les mêmes mains, tous les droits et les devoirs de la puissance paternelle, qu'en ce qui concerne par exemple *l'administration*, elle se conçoit très bien détachée du droit de garde. A Rome, le tuteur administrait la fortune de son pupile et n'avait point, de ce fait, la direction de sa personne.

Quant à la nécessité de confier le droit de correction au gardien, il est facile de retourner l'argument et de dire : qu'il est d'autant plus difficile de le donner au gardien qu'on le considère comme une des prérogatives de la puissance paternelle, car ce gardien peut être un tiers.

§ 2. — La puissance paternelle se partage
entre les deux conjoints.

C'est la théorie de Laurent (tome III, n° 294). L'auteur commence par démontrer tout ce qu'il y a de factice dans la thèse précédente. L'époux condamné dans le jugement de divorce est considéré comme mort ? Et pourtant la loi lui donne *le droit de surveillance* (art. 303). En réalité les deux époux vivent, et il n'y a même pas lieu à l'ouverture d'une tutelle qui ne peut exister qu'en cas de mort de l'un d'eux. La loi, lorsqu'elle permet au juge de confier l'enfant à une tierce personne, n'a point l'intention de déléguer la puissance paternelle à cette tierce personne, elle lui en confie uniquement un des éléments *la garde*, réservant tous les autres au père et à la mère.

Il n'y a absolument rien de changé aux droits des père et mère, puisque la loi nous dit dans l'article 303 : « les père et mère *conserveront* le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants ». Or, d'après notre droit, la puissance paternelle appartient également aux deux époux ; aucun texte ne nous permet d'affirmer que le divorce prive l'époux coupable pour la donner à l'époux innocent.

Un seul événement vient créer une situation nouvelle : c'est la disparition de la suprématie du mari.

Pour arriver pendant le mariage à l'unité de direction dans l'éducation des enfants, il faut confier au père seul l'exercice d'un droit que les deux parents possèdent, peut-on dire, « en puissance ». Cependant, si cette suprématie cesse lors de la dissolution du mariage, la nécessité d'une unité de direction subsiste dans l'éducation et c'est pourquoi la loi confie l'enfant en principe à l'époux innocent, sauf au tribunal à déroger à cette règle « pour le plus grand avantage des enfants ». En dehors de l'éducation, l'égalité des deux époux est entière, ils ont tous deux un égal droit de *surveillance* et tous deux sont soumis aux *charges*.

La puissance paternelle se partage entre les deux époux.

Cependant une difficulté subsiste pour Laurent : à qui donner le *droit de correction* ? Il est impossible d'en munir le *gardien* qui peut être un *tiers*, et d'un autre côté on voit la difficulté qu'il y aura à le donner en même temps au père et à la mère. Laurent ne nous donne aucune solution et se contente de constater qu'il y a ici une lacune dans la loi (1).

M. Carpentier s'élève contre cette théorie et fait remarquer que, sous prétexte de rendre à la femme

(1) Dans ce sens, Vraye et Gode, t. II, p. 748 ; Willequet, p. 261, *Pandectes belges*.

des droits qu'elle possédait pendant le mariage sans les exercer, on arrive à lui en attribuer de tout à fait nouveaux (1).

§ 3. — La puissance paternelle reste avec toutes ses conséquences entre les mains du père.

M. Willequet reprenant les arguments de Proudhon, démontre que le divorce n'a aucun effet sur la puissance paternelle.

Celle-ci, en effet, ne passe aux mains de la mère que lors du décès du mari. En dehors de la mort, aucun texte ne déroge au principe qui la donne uniquement au père.

Les articles 302 et 303, eux-mêmes, ne changent rien, puisqu'ils disent que les père et mère *conserveront* respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants.

Enfin, l'argument de Prudhon, le plus inattendu, est celui qui consiste à assimiler la puissance paternelle à la tutelle : or, on ne peut être destitué de la tutelle que pour des motifs déterminés et « le divorce n'est pas une cause de destitution puisque la loi permet même de confier les enfants à celui des époux contre qui le divorce a été admis ».

Il y a là une confusion complète entre la tutelle et

(1) Carpentier, n° 301.

la puissance paternelle, et il est absolument impossible de tirer argument d'une assimilation que rien ne permet de faire. Il n'existe aucun point de ressemblance entre la tutelle et la puissance paternelle, la première étant destinée à remplacer la seconde.

Quant au premier argument, tout en paraissant affirmer le point à prouver, c'est peut-être un des plus sérieux, car il prend base sur le texte même de la loi et nous ne le discuterons pas dans ce simple exposé.

Ce système de la puissance paternelle restant au père, est adopté par Massol, n° 333, Demante, tome I^{er}, n° 287, Massé et Vergé, tome I^{er}, n° 232, Marcadé, n° 317, Demolombe, tome IV, n° 511, Carpentier, n° 301, Proudhon, *Etat des personnes*, tome I^{er}, p. 328.

§ 4. — La puissance paternelle disparaît pour faire place à la tutelle.

La personne qui est chargée de la garde et de l'éducation des enfants est considérée comme un véritable tuteur par les interprètes de cette théorie (Delvincourt, *Institutes du droit français*, tome I^{er}, p. 168 Locré, *Esprit du code Napoléon*, tome IV, p. 24 et suiv.). Locré admet qu'il y a une dérogation au droit commun et que la tutelle dative prime ici la tutelle légale des père et mère, que celle de la femme prime

celle du mari. Le défenseur de la thèse précédente, M. Willequet, démontre facilement le peu de solidité de ce système. Et, en effet, quel est l'article du code qui puisse nous permettre d'établir une tutelle en dehors de la mort. Cette assimilation de la dissolution du mariage par le divorce, à sa dissolution par la mort, ne repose sur aucun fondement.

Le législateur, en disant que les enfants seraient *confiés*, n'a jamais eu l'intention d'instituer une tutelle.

D'ailleurs, quel point de ressemblance peut-on trouver entre le droit de garde et la tutelle ? Ce droit de garde peut être donné à une tierce personne, donc à un homme ou à une femme ; or, en dehors de la mère, tutrice légale de ses enfants, la femme n'est jamais investie des fonctions de tuteur.

Nous ne trouvons pas ici de subrogé-tuteur. En résumé, tous les éléments constitutifs de la tutelle font défaut et rien ne peut permettre d'affirmer qu'elle vient après le divorce se substituer à la puissance paternelle.

Nous venons d'exposer tels qu'ils ont été défendus par leurs auteurs les divers systèmes imaginés pour expliquer le sort que subit après le divorce la puissance paternelle.

Aucun de ces systèmes ne peut nous satisfaire ; chacun d'eux envisage la puissance paternelle comme

un *tout*, comme une entité absolument indivisible, alors qu'à notre avis elle est composée d'éléments nombreux et différents. La puissance paternelle est faite, nous l'avons déjà dit, de droits à exercer et de devoirs à remplir ; c'est seulement lorsque l'un après l'autre, nous aurons étudié ces divers éléments et que nous aurons vu le sort qu'ils subissent, que nous pourrons solutionner la question.

Dans une première partie nous étudierons les éléments dont le code s'est occupé spécialement, dans une seconde ceux qu'il a laissés dans l'ombre et ceux dont il a omis absolument de faire mention.

PREMIERE PARTIE

CHAPITRE PREMIER

Droit de garde.

SECTION I.— Droit de garde au cours de l'instance.

Il est certain que la demande en divorce n'a point pour effet d'enlever au mari l'exercice de la puissance paternelle, elle reste entière puisqu'aucun texte ne vient déroger au principe de l'article 373 du code civil.

Considérant seulement les effets que le divorce produit sur cette puissance paternelle il n'y aurait point lieu de nous arrêter sur le droit de garde pendant l'instance si le principe que nous venons de poser restait entier. Mais l'article 240 vient y déroger dans son 1^{er} alinéa : « *Le tribunal peut, soit sur la demande de l'une des parties intéressées, soit sur celle de l'un des membres de la famille, soit sur les réquisitions du ministère public, soit même d'office, ordonner toutes*

les mesures provisoires qui lui paraissent nécessaires dans l'intérêt des enfants ».

Ainsi donc le tribunal peut à son gré et dans l'intérêt des enfants, dit le texte, déroger à l'article 373 et, pour ne parler que du droit de garde, confier l'enfant soit au père, soit à la mère, soit à une tierce personne.

Nous laisserons de côté pour le moment tout ce qui concerne le droit de garde en lui-même, les personnes à qui les enfants seront confiés, l'étendue de leurs droits, autant de points que nous aurons à discuter longuement quand nous nous occuperons non plus d'une mesure provisoire, mais d'un état de fait durable, effet direct de la dissolution du mariage sur la puissance paternelle.

Mais il est un point sur lequel nous devons nous arrêter, puisqu'il ne se présente que dans l'instance, c'est sur la valeur des décisions de la loi: d'une part, sur cette subsistance de l'autorité du père, d'autre part, sur les pouvoirs conférés au tribunal devant statuer au mieux des intérêts de l'enfant. En un mot, peut-on dire qu'en *ce qui concerne le droit de garde*, il est bon qu'en règle générale le père conserve tout son pouvoir et qu'il soit suffisant de donner aux juges le pouvoir de déroger au principe ? Nous ne le pensons pas.

Il n'est point discutable en effet que la puissance paternelle reste au père puisque le mariage existe toujours, mais cela ne nous conduit pas à dire qu'il

doit avoir la garde de son enfant, sauf à en référer aux décisions d'un tribunal.

Pour maintenir au père la puissance que lui confère le mariage, la loi arrive à lui donner à la fois des droits et des charges qui ne lui incombent point tant que dure l'harmonie dans son ménage. Parlons des enfants en bas-âge. Est-ce que le père exerce effectivement son autorité sur l'enfant allaité par sa mère ? Est-ce lui qui se penchant sur le berceau peut lui donner les soins que son âge réclame et que, seul, peut lui prodiguer l'instinct maternel ? Là n'est point son rôle.

Et pourtant s'il survient une instance en divorce, au nom de la puissance paternelle dont le père n'est point déchu, c'est à lui que revient la garde de l'enfant. Que la mère emporte son enfant, un nouveau-né peut être, le père a le droit de le réclamer, de requérir même l'intervention du commissaire de police ! Un homme aveuglé par la haine, le désespoir, et il s'en est trouvé, peut mettre en danger de mort, non seulement l'enfant, mais la femme !

Et comme remède à un tel état de choses la loi donne au tribunal le droit *d'ordonner toutes les mesures provisoires qui lui paraissent nécessaires dans l'intérêt des enfants.*

N'est-il pas monstrueux qu'il faille s'adresser à une juridiction quelle qu'elle soit pour rendre à la mère

l'être que la nature lui confie. Qu'on songe à l'issue fatale que peuvent amener des retards et des lenteurs de procédure. Et en effet, s'il s'est trouvé des auteurs, MM. Vraye et Gode, pour soutenir qu'en cas d'urgence le président peut statuer en référé, M. Coulon lui dénie absolument ce droit, se fondant surtout sur l'article 238 qui ne permet le référé que pour fixer la résidence de la femme.

Il y a dans cette subsistance de la puissance paternelle, comme un vestige de la *Patria potestas* romaine. Nous ne demandons pas que la loi supprime le principe, mais qu'il ne vienne pas contrarier les droits de la femme et de l'enfant! Que la loi fixe un âge jusqu'auquel, en cas d'instance en divorce, l'enfant appartiendra toujours à la mère et qu'enfin il ne soit point besoin de l'intervention d'un juge pour faire rendre son enfant à celle qui l'allait.

SECTION II. — Le divorce a été prononcé.

Nous arrivons maintenant à l'article 302 de notre code, réglementant le droit de garde après la dissolution du mariage.

Le 1^{er} alinéa en est ainsi conçu :

« *Les enfants seront confiés à l'épouse qui aura obtenu le divorce* ». Le législateur a posé un principe et, avant d'y permettre une dérogation que nous envisa-

gerons plus tard, il a tenu à en affirmer la nécessité dans une formule impérative. L'époux contre lequel le divorce a été prononcé subit en quelque sorte une dépréciation morale. Comment celui qui a manqué à ses devoirs envers son conjoint va-t-il pouvoir les remplir à l'égard de son enfant ? Il y a une sorte de « présomption d'honnêteté » vis-à-vis du conjoint qui a obtenu gain de cause. Dans bien des cas, retirer la garde de l'enfant à l'époux condamné, c'est le soustraire à l'inconduite, à l'immoralité d'un père ou d'une mère, c'est l'arracher aux exemples mauvais qui chaque jour pourraient le corrompre.

Et c'est en envisageant la personnalité seule de l'enfant qu'il faut, je crois, expliquer le principe de l'article 302. Nous ne pensons pas qu'il faille voir dans la décision du code une sorte de compensation donnée à celui qui vient de voir s'écrouler son foyer par la faute de l'autre et que le législateur laisse son enfant à l'époux malheureux afin qu'il retrouve en lui un peu du bonheur perdu. Ce souci de l'enfant, nous le retrouvons tout entier dans la seconde partie de l'article qui nous occupe : *« A moins que le tribunal sur la demande de la famille ou du ministère public, n'ordonne pour le plus grand avantage des enfants que tous ou quelques-uns d'entre eux, seront confiés soit aux soins de l'autre époux, soit d'une tierce personne. »*

Le législateur a pensé qu'il n'y avait point lieu de pousser le principe que nous avons examiné au-delà de ses limites : un mauvais conjoint peut être en même temps bon père et c'est au tribunal qu'il appartient d'apprécier les motifs qui peuvent le déterminer à confier la garde des enfants à l'un ou à l'autre des époux. Il aura l'initiative la plus grande et le seul but vers lequel devront tendre tous ses efforts sera « *le plus grand avantage des enfants* ».

La jurisprudence est d'ailleurs entrée pleinement dans cette voie (1) et il nous faut citer ici un arrêt de la cour de Paris du 20 août 1886 qui déclare « que l'enfant peut être confié à la mère contre qui le divorce a été prononcé pour tentative de meurtre de son mari suivi d'acquiescement lorsqu'en dehors de cet acte rien dans sa vie ne permet de la considérer comme indigne de cette garde et que cette mesure apparaît à raison de la conduite de son mari comme conforme à l'intérêt de l'enfant.

(1) Cass., 24 mai 1821, S., *Chr.* ; 23 juin 1841, S., 41, 1, 630 ; 17 juin 1845, S., 46, 1, 52 ; 11 mai 1858, P., 58, 11, 2 ; 2 décembre 1873, S., 75, 1, 125 ; 23 février 1881, S., 81, 1, 309 ; 1^{er} août 1883, S., 84, 1, 116 ; 24 novembre 1886, S., 88, 1, 433 ; 16 juillet 1888, S., 90, 1, 317 ; 28 février 1893, S., 93, 1, 357 ; Montpellier, 1^{er} prairial an XIII, S., *Chr.* ; Grenoble, 21 décembre 1820, S., *Chron.* ; Lyon, 16 mars 1825, S., *Chr.* ; Bordeaux, 2 avril 1830, P., *Chron.* ; Amiens, 18 juin 1890, *J. aud. Amiens*, 1890, p. 217 ; Aix, 15 décembre 1886, *J. aud.* ; Cour d'Amiens, 1886 ; trib. Seine, 24 juillet 1885, *Gaz. Trib.*, 1885 ; trib. Seine, 29 juillet 1897, *Gaz. Trib.*, 18 novembre 1897.

Les pouvoirs du tribunal sont en outre des plus variés.

C'est ainsi que les juges pourront ordonner que les enfants seront confiés alternativement à l'un et à l'autre époux, que la garde pourra être partagée, le père étant par exemple chargé des garçons et la mère des filles.

Le tribunal règlera même en détail l'emploi du temps des enfants, les jours où ils devront être conduits chez celui des époux qui en est privé et, afin que les parents puissent jouir également de leur présence, il partagera les vacances entre eux. Comme on le voit, le principe même de l'article 302 se trouve complètement détruit et en réalité il ne subsiste que lorsqu'il se trouve coïncider avec ce que l'on peut appeler le second principe, c'est-à-dire *le plus grand avantage de l'enfant*.

Tel est dans son ensemble l'article 302, si important en matière de divorce, puisqu'il règle à lui seul la grosse question de droit de garde.

Ne semble-t-il pas que le législateur ait un peu reculé devant la responsabilité qui lui incombait et qu'il ait fait au juge la part bien large ?

Il est certain que la loi ne peut prévoir tous les faits qui peuvent se présenter, mais s'il est bon que le tribunal ait une vaste initiative, il y a cependant des cas se présentant journellement qu'un texte précis pourrait régler.

Nous allons être obligé de répéter ici ce que nous disions au sujet de la garde des enfants en bas-âge pendant l'instance : pourquoi laisser le tribunal juge de la situation ? N'étant plus en matière provisoire, le mariage régulièrement dissous, nous ne sommes même plus tenus à respecter le principe de la puissance paternelle. La loi de 1792 semblait certes mieux inspirée, qui, en cas de divorce par consentement mutuel ou incompatibilité d'humeur, confiait à la mère les enfants âgés de moins de sept ans. Point n'était besoin de s'en remettre à l'arbitraire du juge ; le texte lui-même ordonnait, et sa détermination sauvegardait le principe moral, puisque ce n'était que dans deux cas de divorce n'entraînant pas déchéance morale que la mère gardait son enfant. Ne serait-il pas permis d'aller plus loin et de faire un principe de ce qui n'était que l'exception dans la loi de 1792. Pourquoi la loi ne dirait-elle pas que l'enfant en bas âge sera toujours confié à la mère sauf dans des cas limitativement énumérés. Qu'elle fasse descendre au-dessous de sept ans, cinq ans par exemple, l'âge où légalement la mère conservera son enfant.

Qu'elle dise que cette garde ne lui sera point confiée au cas où elle serait, par sa conduite, rendue absolument indigne d'exercer son rôle de mère, et qu'enfin au-dessus de cinq ans, alors qu'il importe de sauve-

garder la « santé morale » de l'enfant, il soit permis de la lui retirer.

PAR QUI CES MESURES PEUVENT ÊTRE PRISES.

Nous venons d'examiner et de critiquer les mesures qui peuvent être prises par le tribunal dans l'intérêt des enfants, demandons-nous maintenant quelles sont les personnes qui peuvent provoquer ces mesures? Si la loi ne soulève aucune difficulté lorsqu'elle nomme le ministère public, il n'en est pas de même lorsqu'elle nous parle de la « famille », et ce fut une longue controverse sur le sens de ce mot avant la loi de 1886. Elle semble aujourd'hui complètement tranchée et avoir perdu tout son intérêt. Avant la loi de 1886 la plupart des auteurs enseignaient qu'il fallait entendre par le mot « famille », le conseil de famille (1).

Mais un jugement du tribunal de la Seine du 27 janvier 1886, un arrêt de la cour de Paris du 17 juillet 1886 et un arrêt de la cour de cassation du 19 novembre 1888 sont venus repousser cette opinion. Le mot signifie d'après ces décisions, les membres de la famille ; et, en effet, l'article 302 n'en ayant point précisé le sens, il est naturel de lui donner celui qui se comprend le plus aisément : Les personnes qui ont intérêt à prendre soin de l'enfant.

(1) En ce sens, Laurent, t. III, Goirand, Frémont, Carpentier ; Montpellier, 4 février 1835, S., 35, 2, 288.

Depuis les deux premières décisions et la loi de 1886 surtout, la solution ne peut plus faire de question et presque tous les auteurs ont renoncé à leur ancienne interprétation.

La loi de 1886 n'a pas touché, il est vrai, à l'article 302, mais elle a remplacé par l'article 240 l'ancien article 267 qui réglementait les mesures provisoires. Et dans ce nouveau texte elle a soin de préciser en disant que le tribunal peut prendre des mesures provisoires sur la demande « *de l'un des membres de la famille* ». Il nous suffit donc pour trancher la controverse de rapprocher l'article 302 de l'article 240. Nous ne le pourrions pas si ces deux dispositions ne réglaient la même situation. Or, elles sont toutes deux des dispositions essentiellement provisoires et partant révocables, ainsi que l'admet la jurisprudence (1). Elles ont donc le même caractère et rien ne peut nous empêcher d'étendre à l'article 302 la disposition de l'article 240 et de dire qu'il ne s'agit point du conseil de famille, mais bien des membres de la famille, pris individuellement.

Un auteur cependant, M. Curet, se refuse à admettre ce rapprochement, l'article 240 réglant des mesures prises au cours de l'instance et ne pouvant être étendu aux hypothèses de l'article 302.

(1) Cass., 25 août 1884, S., 84, 1, 424 ; Orléans, 8 janvier 1885, S., 85, 2, 45 ; Paris, 15 avril 1886, S., 86, 2, 182.

Pour d'autres raisons, certains auteurs tiennent à conserver encore l'ancien sens de « conseil de famille (1) ».

Ce droit de demander une dérogation au principe posé, en même temps qu'il appartient au ministère public et à la famille, appartient-il également à l'époux qui a succombé dans l'instance ?

Avec le plus grand nombre des auteurs et presque toute la jurisprudence, nous répondrons par l'affirmative. Puisqu'on accorde ce droit à la famille, peut-on le refuser aux plus proches parents, le père et la mère fussent-ils coupables ? D'ailleurs, à quoi servirait de permettre à l'époux condamné « de surveiller l'entretien et l'éducation » si on lui refusait le droit de désigner au tribunal une personne en qui il peut avoir confiance pour la garde de son enfant ; l'article 303 deviendrait illusoire. Il faut encore ici se laisser guider par « le plus grand avantage des enfants », à qui cette intervention de leur père ou de leur mère ne peut préjudicier. Ou la demande ne sera pas fondée et le tribunal l'écartera, ou bien, au contraire, elle sera inspirée par des raisons sérieuses, et les juges auront tout intérêt à se laisser guider par des parents qui le plus souvent ne songeront qu'à assurer le bonheur de leurs enfants (2).

(1) Botton et Lebon, Constant Frémont.

(2) Coulon, Vraye et Gode, Goirand, Botton et Lebon, Curet, Poule, Willequet ; trib. Seine, 27 janvier 1886, S., 88, 2, 129 ;

Une jurisprudence, généralement admise en Belgique, refuse au contraire à l'époux coupable le droit d'intervenir, mais elle semble absolument en contradiction avec l'esprit de la loi (1).

CARACTÈRE PROVISOIRE ET RÉVOCABLE DE CES MESURES.

Le tribunal doit agir au mieux des intérêts de l'enfant ; nous avons vu comment l'article 302 laissait aux juges toute initiative en la matière. Or, cet intérêt de l'enfant n'est pas immuable ; telle disposition qui pouvait lui être favorable au jour du divorce, peut lui devenir préjudiciable dans la suite : qu'on laisse un enfant qui ne peut encore se passer de sa mère à une femme dont la vie n'est point exempte de reproches, cela n'aura pas d'inconvénients au point de vue moral tant que l'enfant n'aura pas atteint l'âge de raison. Au contraire, à ce moment-là, il est de son intérêt d'être soustrait aux exemples pernicieux qu'il peut avoir sous les yeux.

Le tribunal pourra donc réformer les mesures qu'il avait antérieurement ordonnées et leur en substituer d'autres et il pourra le faire toutes les fois qu'il se pré-

Paris, solution implicite, 19 juillet 1886, *ibid*, et D., 87, 2, 211 ; Bruxelles, 23 novembre 1889, *Rec. Smets*, 1889, p. 280.

(1) Cour de Bruxelles, 26 janvier 1882, J. G. S., *Divorce et sép. de corps*, p. 603.

sentera un nouvel intérêt à sauvegarder. La jurisprudence est nettement établie dans ce sens (1).

Comme il appartient au tribunal ayant rendu un jugement de connaître de son exécution, c'est le tribunal qui a prescrit les mesures dans le jugement prononçant le divorce qui sera compétent pour les modifier, même si à ce moment les époux ont changé de domicile (2).

Au contraire, si le jugement de divorce n'a point statué sur la question qui est alors portée devant les juges, s'il s'agit non plus de modifier une mesure prise, mais bien de régler un point qui n'a jamais été tranché, c'est une action nouvelle, indépendante de la première et le tribunal compétent sera celui de l'époux qui a obtenu le divorce (3).

EXÉCUTION DE CES MESURES.

On admet que les mesures prescrites par le tribunal peuvent être exécutées *manu militari*. Dans bien des

(1) Cass., 1^{er} août 1883, S., 84, 1, 116 ; 25 août 1884, S., 84, 1, 424 ; Paris, 15 avril 1886, S., 86, 2, 182 ; Cass., 24 novembre 1886, *Gaz. Palais*, 86, 1, 316 ; Paris, 26 juillet 1887, *Journ. le Droit*, 28 juillet 1887 ; Toulouse, 29 juin 1892, *Gaz. Trib.*, 7 juillet 1892.

(2) Vraye et Gode, Paris, 15 avril 1886, S., 86, 2, 182 ; Orléans, 8 janvier 1885, D., 86, 2, 83 ; Bruxelles, 12 août 1880, P., 81, 2 ; Cass., 18 mars 1868, S., 68, 1, 208 ; Paris, 5 juillet 1853, S., 53, 2, 454.

(3) Nancy, 26 juillet 1884, D., 86, 2, 83.

cas ce procédé peut être inefficace et donner lieu en tout cas à des scandales; l'époux réfractaire peut faire disparaître l'enfant, et il faudra se livrer à de longues et souvent infructueuses recherches avant de pouvoir le ramener à l'époux qui en a la garde. Aussi est-il établi par la jurisprudence qu'on peut faire condamner l'époux qui se refuse à exécuter le jugement, à une somme de tant par jour de retard qui serait versée à l'autre conjoint (1).

Ce procédé n'est pas admis par tous les auteurs et il nous faut citer une note de M. Labbé dans le *Sirey* au sujet d'un arrêt de la cour de cassation de 1878.

« Au cas où la femme avait provisoirement la garde des enfants, dit M. Labbé, si le divorce est prononcé contre elle et la garde attribuée au mari, les tribunaux ne pourraient pas condamner la femme à des dommages-intérêts pour chaque jour de retard jusqu'à la remise des enfants, car, si condamner à des dommages-intérêts ainsi fixés est un mode de sanction de l'obligation de rendre qui n'excède pas le pouvoir de la justice, néanmoins, comme dans notre espèce, c'est l'intérêt des enfants qui est en jeu et que le profit des dommages-intérêts prononcés à cause de l'inexécution d'une obligation doit être pour celui qui souffre un

(1) Cass., 25 mars 1857, S., 57, 1, 267; C., 18 mars 1878, S., 78, 1, 193; Cass. B., 15 mars 1883, S., 83, 4, 23; trib. Seine, 23 juillet 1885, *Gaz. Trib.*, 4 août 1885.

dommage de l'inexécution, c'est à l'avantage des enfants que la mère devrait être condamnée à payer des dommages-intérêts.

On objecterait en vain que la femme résistant, méconnaîtrait l'autorité maritale et que les dommages-intérêts devraient appartenir à celui dont le droit est violé par la résistance qu'ils étaient destinés à vaincre ». M. Labbé répond toujours que « si dans le mari un droit est violé, c'est la puissance paternelle et que la puissance paternelle est établie aujourd'hui dans l'intérêt de ceux sur qui elle s'exerce. Le conflit tournerait autrement au détriment des enfants, ce qui serait absolument contraire à l'esprit de l'article 302 ». (Note de M. Labbé, Sirey).

Enfin, il y aurait un troisième procédé à employer et ce serait peut-être le plus efficace : enlever les droits que lui accorde le jugement à l'époux qui s'en sert pour violer les droits de son conjoint. C'est ainsi qu'un jugement du tribunal de Bruxelles du 2 juin 1869 (1) a déclaré déchu de son droit l'époux qui avait fait disparaître un enfant qu'on lui conduisait deux fois par semaine.

CESSATION DU DROIT DE GARDE PAR LA MORT.

Le cas de la mort de l'enfant ne semble pas compor-

(1) *Pand. belg., Rép. alph.*, n° 1527.

ter de discussion. Devant la mort les droits des époux redeviennent égaux et c'est au tribunal à prendre les mesures qui lui seront dictées par les circonstances.

Mais si c'est l'époux à qui la garde avait été confiée qui vient à mourir, son conjoint va-t-il pouvoir réclamer immédiatement son enfant ? Que le père, gardien d'un enfant mineur, vienne à disparaître, la mère investie de son droit de tutelle va-t-elle pouvoir faire valoir ses droits ?

Cela nous paraît absolument en contradiction avec l'esprit de l'article 302. La mère n'avait pas la garde de son enfant parce qu'il était de l'avantage de celui-ci d'être confié à son père. La décision du tribunal ne peut, par cette mort seule, se trouver annulée de plein droit et si la mère veut reprendre son enfant, il faudra qu'elle sollicite du tribunal un nouveau jugement réformant la décision qu'il avait prise et qu'elle apporte des garanties sérieuses à l'appui de sa demande (1).

DROITS ET POUVOIRS DU GARDIEN ET RESTRICTIONS

A CES POUVOIRS PAR L'ARTICLE 303.

Parmi les droits que peut posséder la personne à qui les enfants ont été confiés, il en est que nous laisserons de côté pour le moment, c'est le droit de cor-

(1) Paris, 7 juillet 1883, S., 83, 2, 219 ; Cass., 13 août 1884, S., 85, 1, 80.

rection. Le droit de correction est en effet l'un des éléments les plus importants de la puissance paternelle, il fera l'objet d'un chapitre spécial quand nous aborderons dans notre deuxième partie l'étude des droits et des devoirs que le code n'a point réglementés en présence du divorce, nous l'étudierons alors comme élément de la puissance paternelle, mais nous ne pouvons dès maintenant le classer comme découlant naturellement du droit de garde.

Tout d'abord, il est certain que le gardien doit pourvoir aux soins exigés par la personne physique de l'enfant, c'est un point sur lequel il n'y a pas lieu d'insister. Pourvoir à son entretien matériel, lui fournir des aliments, tels sont les premiers devoirs de celui à qui l'enfant a été remis.

Le devoir d'éducation offre plus de difficultés, et c'est pour lui que nous sommes forcé de faire intervenir l'article 303 qui ne peut évidemment être étudié isolé de l'article 302 : « *Quelle que soit la personne à qui les enfants seront confiés, les père et mère conserveront respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants et seront tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés* ».

En enlevant le droit de garde à l'époux coupable, ou, en tout cas, en le confiant à celui que le tribunal doit reconnaître comme le plus digne, la loi n'a eu qu'un souci, assurer l'avantage matériel et moral de

l'enfant. L'ayant mis à la fois à l'abri de la misère et des mauvais exemples, elle a trouvé que ce serait dépasser le but que d'enlever aux parents le droit de contrôler et de surveiller l'éducation.

Le jour où les enfants auront repris leur liberté, il sera nécessaire qu'ils ne soient point devenus des étrangers vis-à-vis de parents qu'ils pourront désormais fréquenter à leur gré.

Quels sont donc les pouvoirs qui vont rester à l'époux gardien et dans quelle mesure va-t-il être libre de donner à l'enfant l'éducation qui lui convient. Il semble qu'il y ait dans la loi une contradiction : d'un côté, elle enlève l'enfant au moins digne, à qui elle permet, d'un autre côté, de venir entraver les moyens d'éducation employés. Au point de vue moral l'enseignement donné par l'un des époux pourra évidemment être contrôlé par l'autre. Que l'enfant n'ait pas de religion, le gardien ne pourra lui en enseigner une sans le consentement de son conjoint, de même qu'il ne pourra lui en faire changer (1). Supposons pour raisonner sur un fait précis, qu'une mère place un enfant baptisé, ayant par conséquent une religion, dans une maison d'éducation religieuse, que cela déplaie au père, il aura le droit de faire retirer l'enfant en vertu de son droit de surveillance.

(1) Cass., 9 juin 1857, S., 57, 1, 590.

Pour chaque fait constituant acte d'éducation, l'époux gardien se trouvera en somme soumis à l'approbation de son conjoint et il est certain que c'est en matière d'éducation que cette situation est la plus critiquable, puisque c'est le plus souvent pour sauvegarder la moralité de l'enfant, que celui-ci a été confié à l'un des parents plutôt qu'à l'autre.

Mais si nous critiquons les dispositions de la loi, il est juste de reconnaître, d'autre part, que l'article 303 ne donne pas un droit *d'autorité*, mais seulement un droit de contrôle et que c'est au tribunal qu'il appartient encore de statuer au plus grand avantage des enfants.

Par conséquent, au cas où le système d'éducation ne serait pas le meilleur de l'avis de celui qui use de son droit de surveillance, ce serait au tribunal à décider entre les époux.

Pourtant, il n'en est pas moins vrai que l'époux à qui incombe la responsabilité de l'éducation n'en est pas le maître absolu, il pourra même être obligé de faire donner à l'enfant des principes de vie absolument en contradiction avec les siens alors que pourtant on l'a reconnu plus capable et plus digne. Qu'on songe à sa situation en face d'un enfant élevé dans des idées qui sont la négation de tout ce qu'il pense ; quel intérêt et quel soin pourra-t-il apporter à l'accomplissement de son devoir ?

Les autres droits que confère la garde soulèveront moins de difficultés: les parents se mettront d'accord sur la profession à faire adopter à l'enfant et chaque jour, dans les détails de la vie, le gardien jouira d'une toute puissance sur laquelle ne s'exercera aucune surveillance. C'est ainsi qu'il lui appartiendra, comme au père de famille, de contrôler les personnes que l'enfant pourra voir, à moins qu'il ne contrevienne en cela aux mesures ordonnées par le tribunal qui peut avoir réglé les visites à l'autre conjoint. Il dépasserait de même ses pouvoirs en empêchant l'enfant de voir ses ascendants. Il a même été jugé « qu'il existe entre les petits-enfants et leurs aïeuls ou aïeules des droits et des devoirs réciproques, moraux et civils qui ont leur source dans leur nature et leur sanction dans la loi » et que, durant le mariage, le droit du père, si absolu qu'il soit, ne va jusqu'à pouvoir empêcher tout contact de ses enfants avec leurs ascendants (1).

Ajoutons que le gardien est responsable du dommage que peut causer celui qu'on lui a confié et que l'article 1384 du code civil lui est applicable.

Enfin l'article 303 ajoute dans sa dernière partie que les parents seront tenus de contribuer à l'entre-

(1) Cass., 12 juillet 1870, S., 71, 1, 28; Cass., 8 juillet 1857, S., 57, 1, 724; Cass., 28 juillet 1891, D., 92, 1, 70; Cass., 12 février 1894, D., 94, 1, 218.

tien et à l'éducation de leurs enfants à proportion de leurs facultés.

Ainsi donc si l'un des conjoints a été choisi comme gardien et que les époux jouissent d'une égale fortune, ils se partageront les frais d'entretien et que, s'il s'agit d'un tiers, celui-ci pourra même recevoir un salaire des parents, par exemple dans le cas où l'enfant aura été placé dans une maison d'éducation.

Nous ne voyons là aucune difficulté, il est juste que les parents contribuent à élever leur enfant quelle que soit leur situation vis-à-vis de lui.

La jurisprudence a réglé certains cas qui pouvaient être embarrassants. C'est ainsi qu'il a été jugé qu'on doit entretenir les enfants même en dehors de chez soi et qu'on ne peut se décharger de cette obligation en offrant de les prendre avec soi (1).

L'époux non gardien est obligé envers le maître de pension chez qui les enfants ont été placés et il n'a pas de recours à exercer contre l'autre époux pour sa part contributive si celui-ci n'a pas de ressources personnelles (2).

Lorsqu'en cas de divorce les enfants ont été placés dans un pensionnat hors du lieu où résident les parents, la mère qui a été autorisée à visiter ses enfants

(1) Metz, 9 février 1844, S., *Chron.*

(2) Seine, 17 mars 1897, *le Droit*, 10-11 mai 1897.

peut, si ses ressources sont modiques ou nulles, faire condamner le père à subvenir aux frais des déplacements nécessités par la visite des enfants (1).

Après le divorce, quelle que soit la personne à laquelle les enfants ont été confiés, le devoir d'entretenir les enfants continue pour chacun des époux en proportion de leurs facultés. En conséquence, le père qui s'est remarié ne peut être libéré complètement de l'obligation qui lui incombe à l'égard des enfants issus du premier lit qu'à la condition de prouver qu'il est hors d'état de la remplir et cela sans avoir égard à la condition de fortune de sa nouvelle femme (2).

(1) Paris, 19 juillet 1894, D., 95, 2, 179.

(2) Trib. Seine, 30 juin 1897, *Gaz. Trib.*, 14 août 1897.

CHAPITRE II

Jouissance légale.

SECTION I. — Droit de jouissance. — Son origine.

Nous arrivons maintenant au deuxième élément de la puissance paternelle que le code ait réglementé en présence du divorce, c'est-à-dire au droit de jouissance que la loi confère aux parents sur les biens de leurs enfants dans l'article 384 du code civil : « *Le père, durant le mariage et, après la dissolution du mariage, le survivant des père et mère auront la jouissance des biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de 18 ans accomplis ou jusqu'à l'émancipation qui pourrait avoir lieu avant l'âge de 18 ans.* »

Le droit actuel de jouissance, a son origine dans une institution des plus anciennes le *bail*, qui fut créé au moment de la féodalité.

M. Planiol nous dit que « lorsqu'un vassal venait à mourir laissant un héritier mineur, son seigneur prenait la terre *en sa main* et y plaçait un gardien capable de desservir le fief jusqu'à ce que l'héritier fut *en âge* ». Ce gardien du fief ou *bailliste* était chargé de

l'entretien et de l'éducation de l'enfant, mais pendant la durée du bail les revenus du fief lui appartenaient (1).

Cette vieille institution s'est peu à peu transformée et elle se trouve contenue dans notre droit coutumier sous le nom de *droit de garde*.

Pothier dit à ce sujet : « *La garde* est le droit que la coutume donne au survivant des deux conjoints par mariage ou, à son défaut ou refus, aux autres ascendants de gouverner avec autorité la personne des enfants mineurs du dit mariage et les biens qui sont advenus aux dits mineurs de la succession du prédécédé et qui pourraient leur advenir d'ailleurs ». Suivant qu'elle était établie entre nobles ou roturiers la *garde* était *noble* ou *bourgeoise*. Le gardien noble avait la jouissance des biens des enfants dont il avait la garde jusqu'à ce qu'ils eussent atteint un certain âge, variant suivant les coutumes. *La garde noble* était accompagnée d'émoluments alors que la *garde bourgeoise* ne l'était pas, sauf à Paris.

Telle est ainsi l'origine de notre *jouissance légale* contenue dans l'article 384.

Perte de la jouissance légale par l'époux coupable.

Ce droit d'usufruit qui s'éteint par des causes variées que nous n'avons pas à étudier ici se trouve

(1) Planiol, t. I, n° 2439, note.

supprimé pour l'époux contre qui le divorce a été prononcé et cette déchéance est exprimée par l'article 386. *Cette jouissance n'aura pas lieu au profit de celui des père et mère contre qui le divorce aurait été prononcé.*

Il y a une sorte de pénalité infligée à l'époux qui par sa conduite a nécessité la dissolution du mariage, pénalité civile, et nous serions tenté de dire que c'est aussi une faveur faite à celui qui obtient la garde puisqu'en principe elle est confiée à l'époux innocent. Il ne nous est pas permis pour le moment d'aller si loin puisqu'une importante controverse divise les auteurs et que certains se refusent à accorder la jouissance à la mère au cas où le divorce est prononcé contre le mari et que partant la jouissance lui est retirée.

Deux opinions, en effet, sont émises sur cette question, qui est la plus importante de tout ce chapitre. La jouissance enlevée au mari coupable profite-t-elle à la femme ou profite-t-elle aux enfants ? La jouissance ne passe pas à la femme mais aux enfants, ont dit certains auteurs, en argumentant de l'article 384. C'est lui seul qui règle la jouissance légale, en l'attribuant au père tant qu'il vit et à la mère seulement en cas de décès du père. L'article 386 établit au contraire une déchéance, déchéance qui doit frapper l'époux qui seul, pendant sa vie, bénéficie de ce droit.

« Il ne peut y avoir déchéance que là où il y a jouissance d'un droit », dit M. Carpentier.

L'article 384 étant seul attributif du droit et le refusant à la femme avant le décès du mari, celle-ci ne pourra l'obtenir même si le mari en est déchu au cas de divorce prononcé contre lui.

Or, disent les auteurs qui soutiennent cette théorie, cette jouissance s'exerce au préjudice des enfants et non de la mère qui ne peut y prétendre qu'en cas de décès de son mari. Ce sont eux par conséquent qui doivent profiter de la pénalité encourue par l'époux coupable.

Nous n'admettons pas cette théorie défendue par MM. Demolombe, Huc, Carpentier et nous croyons que la jouissance passe non aux enfants, mais à la femme, lorsqu'elle est retirée au mari.

Le principal argument mis en avant pour appuyer cette opinion est le suivant : le droit de jouissance doit appartenir à celui des deux époux qui est en fait détenteur de la puissance paternelle. C'est ainsi que M. Baudry nous dit que le droit de jouissance légale n'est qu'une compensation des charges que la puissance paternelle impose aux parents et qu'il semble conforme aux vues du législateur de l'attribuer à la mère toutes les fois que, par suite d'une circonstance quelconque, elle se trouve investie de l'exercice de la puissance paternelle. C'est également l'opinion de

Laurent, qui tire un autre argument du silence de la loi en disant que l'article 386 en retirant la jouissance à l'époux coupable la donne implicitement à l'époux innocent.

M. Baudry ne nous explique son opinion qu'en recherchant les vues du législateur et pour cela il commence par admettre *a priori* que la mère chargée de la garde de l'enfant possède la puissance paternelle.

Affirmer que le législateur a voulu donner la jouissance à l'époux gardien comme compensation des charges de la puissance paternelle qui lui incombent serait un argument en faveur de ceux qui disent : « la puissance paternelle va là où va le droit de garde ».

Mais n'oublions pas que cette garde n'est pas nécessairement perdue par l'époux coupable. Comment peut-on dire que la loi en enlevant la jouissance à l'époux contre qui le divorce a été prononcé, a eu pour but de compenser les charges que le droit de garde va imposer à l'époux innocent, alors que cette loi, d'autre part, permet d'attribuer l'enfant au mieux de ses intérêts à l'un ou à l'autre époux, qu'il soit coupable ou non ? On dira peut-être qu'il y a eu là un oubli du législateur qui n'a songé qu'au principe : droit de garde à l'époux innocent. Rien ne nous permet de l'affirmer, la loi n'a peut-être songé qu'à infliger une pénalité, en tout cas nous ne pouvons admettre qu'on vienne dire que le législateur a voulu que

la jouissance passe à la femme innocente parce que c'est elle qui doit avoir la garde, alors que le mari coupable peut en être chargé si l'avantage des enfants l'exige.

M. Coulon, à notre sens, a mieux discuté la question. Pour lui, en employant le mot *survivant* dans l'article 384, le code a entendu parler du mode de dissolution du mariage quel qu'il soit : « Ceci résulte, dit-il, des articles 384 et 386 ; dans le premier, le législateur n'accorde la jouissance au mari que pendant le mariage et il entend qu'il s'agit si bien dans cet article des liens légaux du mariage et non des liens naturels que, dans l'article 386, il prend soin de spécifier que le conjoint contre lequel le divorce aura été prononcé n'aura pas cette jouissance. En effet, si le divorce n'était pas considéré comme la mort elle-même, pourquoi l'article 386 viendrait-il enlever la jouissance à l'époux coupable ? Le mariage étant dissous, le mari n'y aurait plus droit et la femme ne pouvant en bénéficier qu'à la mort de son conjoint, elle ferait retour aux enfants. Il était inutile d'en priver cet époux coupable et l'intention de la loi n'était pas évidemment que cette jouissance survécût au divorce.

Le raisonnement de M. Coulon se base uniquement sur les textes et les conclusions qu'il en tire, nous semblent absolument convaincantes.

Deux jugements ont d'ailleurs décidé que, lorsque le divorce a été prononcé contre le père, l'usufruit légal dont celui-ci est déchu passe à la mère (1). La jurisprudence se trouve donc admettre la seconde théorie que nous venons d'exposer.

SECTION II. — Loi du 21 février 1906.

Avant la loi du 21 février 1906, l'article 386 portait dans son 2^e alinéa : « *Et elle (cette jouissance), cessera à l'égard de la mère dans le cas d'un second mariage* ».

Nous avons admis précédemment que la femme acquérait l'usufruit légal lorsque celui-ci était retiré au mari ; il nous faut donc étudier le cas où, au même titre que la femme veuve, elle perdait cette jouissance du jour où elle se remariait.

Cette disposition de l'article 386 nous fournissait même un nouvel argument au service de l'opinion que nous défendions. On pouvait dire que le législateur donnait bien la jouissance légale à la femme au cas de divorce contre le mari, puisque dans le même article il prévoyait un nouveau mariage et dans ce cas la lui retirait.

Quoi qu'il en soit, avant la loi du 21 février 1906,

(1) Seine, 4 août 1888, *Gaz. Trib.*, 18 août 1888 ; Courtrai, 3 juillet 1896, S. et P., 99, 4, 46.

l'usufruit légal pour la femme veuve ou divorcée s'éteignait par le convol en secondes noces. Il y avait là une cause d'extinction spéciale à la mère. On considérait que le père en se remariant conservait à sa disposition les revenus de ses enfants, alors qu'au contraire la mère en aliénait la jouissance au profit de son nouvel époux. C'était une mesure de protection vis-à-vis des enfants du premier lit dont on voulait sauvegarder la fortune.

Mais cette différence apparut comme une injustice entre le mari et la femme, comme un obstacle aux seconds mariages que de nos jours on ne voit plus avec défaveur comme à l'époque du code, et le 28 janvier 1905, M. Guillier déposait au Sénat une proposition de loi supprimant le 2^e alinéa de l'article 386. Cette proposition adoptée par le Sénat le 8 décembre 1905 fut votée par la Chambre des députés le 19 février 1906.

Elle fut combattue par M. Delahaye qui rappela l'opinion émise par Réal devant le corps législatif : « Il serait inconvenant d'établir en principe que la mère peut porter dans une autre famille les revenus des enfants du premier lit et enrichir ainsi à leur préjudice son époux ». Et s'inspirant de l'*Odyssée*, il citait à ses collègues les conseils de Minerve à Ulysse : « Vous connaissez l'humeur des femmes, elles font tout pour l'avantage du second mari et oublient très

promptement le premier et ruinent les enfants qu'elles en ont eus ».

M. de Marcère montra qu'il existe bien une différence entre le père et la mère qui se remariant et qu'elle résulte de ce que la mère n'a pas la disposition des biens du ménage et qu'elle ne saurait conserver la disposition ou l'administration des biens de ses enfants.

Mais le rapporteur de la loi soutint qu'il existait une injustice entre l'homme et la femme, que l'article 386 était en quelque sorte une pénalité imposant à la femme « une option parfois pénible entre la reconstitution d'une nouvelle famille et les ressources qui constitueraient son contingent dans les dépenses du nouveau ménage ». Les rédacteurs du code étaient en principe opposés aux seconds mariages, alors que nos mœurs plus humaines, tendent à favoriser les unions légitimes. La femme veuve ou divorcée ne perd donc plus la jouissance légale en se remariant.

**SECTION III. — Situation faite par la nouvelle loi
à la femme qui en se remariant a perdu
la jouissance.**

Dès la promulgation de la loi nombre d'esprits se sont posés la question suivante: La femme, qui s'est remariée sous l'empire de l'ancien article 386, va-t-elle reprendre la jouissance du jour de l'entrée en exer-

cice de la nouvelle loi ; son droit d'usufruit est-il au contraire à jamais perdu pour elle ?

La question s'écarte peut-être un peu du sujet que nous traitons, toutefois elle a un tel intérêt pratique que nous voulons essayer de la résoudre.

Il est d'abord un principe qu'il faut rappeler en matière de lois nouvelles, c'est qu'elles n'ont pas de rétroactivité. Mais s'il est certain que les revenus touchés par les enfants d'une femme remariée avant février 1906 leur sont définitivement acquis, reste à savoir ce qu'il en est des revenus arrivant à échéance postérieurement à cette date.

A première vue on pourrait répondre : La femme a définitivement perdu son droit de jouissance et l'on trouverait en ce sens plusieurs arguments :

D'abord les enfants ont acquis du jour du remariage de leur mère un droit définitif à la jouissance de leurs biens qui s'exerce, il est vrai, successivement au fur et à mesure de la rentrée des revenus, mais qui n'en est pas moins *un* dans son principe et, par conséquent, soumis à l'ancienne législation.

2° On peut ensuite invoquer les travaux préparatoires : Le but principal serait d'éviter désormais qu'une femme sans fortune se trouvât empêchée de se remarier dans la crainte de perdre sa jouissance légale ; c'est celui sur lequel le rapporteur a le plus insisté. Nous pourrions en conclure que la loi ne peut

s'appliquer aux femmes remariées à la date du 21 février 1906, celles-ci n'ayant pas été empêchées de se remarier par le texte ancien.

3° Enfin on pourrait tirer un dernier argument de ce fait qu'anciennement lorsque le second mariage se trouvait rompu, soit par la mort du mari, soit par le divorce, la femme ne recouvrait pas à partir de cette dissolution sa jouissance sur les biens des enfants du premier lit. Argument médiocre il est vrai, l'article 386 avait été édicté pour protéger les enfants du premier lit contre la générosité de la femme envers sa nouvelle famille ; or, ce péril peut subsister en cas de dissolution du mariage s'il y a eu des enfants du second lit.

Tout ceci nous amènerait donc à conclure que la femme remariée antérieurement au 21 février 1906 aurait définitivement perdu son droit de jouissance.

Mais les arguments que nous venons d'examiner ne sont pas sans réplique.

1° Tout d'abord est-il sûr que le droit de jouissance des enfants soit quelque chose *d'un* ?

Il se décompose en autant de droits qu'il y a de revenus échus à toucher et, pour les revenus échus avant le 21 février 1906 seulement, on pourra bien parler de *droits acquis*. Pour les autres, pour ceux qui arriveront à échéance à partir de cette date, les enfants du premier lit n'ont plus de droits acquis, mais seu-

lement des *expectatives*. Or, si une nouvelle loi est tenue de respecter le droit acquis, elle ne l'est point en ce qui concerne la simple expectative ;

2° Allons-nous nous laisser convaincre par les travaux préparatoires ?

Il n'est pas toujours sûr qu'une assemblée en votant une loi ait fait siennes les conclusions de son rapporteur.

Il ne faut pas, d'autre part, oublier qu'il y avait à la réforme un autre motif : supprimer une inégalité choquante entre l'homme et la femme, et que cette inégalité existe pour la femme remariée avant la loi nouvelle.

Enfin, il existe deux arrêts très anciens il est vrai, mais très nets et dont l'espèce est identiquement la nôtre (1). Une femme étant devenue veuve sous l'empire de coutumes ne lui donnant pas le droit de jouissance légale sur les biens de ses enfants, la question se posa de savoir si le code civil qui établissait ce droit s'appliquerait dans ce cas et si cette femme avait la jouissance légale à partir de la promulgation du code. Les deux arrêts ont résolu par l'affirmative.

En présence de cette jurisprudence, nous croyons

(1) Paris, 2 germinal. an XII, S. *Chron.*; Cass., 11 mai 1819, S., *Chronol.*

qu'il est prudent de considérer que la femme remariée sous l'empire de l'article 386 ancien du code a retrouvé la jouissance légale qu'elle avait perdue sur tous les revenus des biens des enfants échus postérieurement au jour de la promulgation de la loi du 21 février 1906.

CHAPITRE III

Consentement à mariage.

Nous allons terminer notre première partie par l'étude du *consentement à mariage* en cas de divorce et nous allons passer en revue les différentes solutions qui ont été apportées à la question.

Tout d'abord que se passait-il avant la loi du 20 juin 1896 ? Le code ne prévoyait nulle part le cas où le père et la mère divorcés se trouvaient en désaccord sur le consentement à donner au mariage d'un de leurs enfants. Il fallait donc, unique ressource, s'en référer à l'article 148 qui statuant en général dit : « qu'en cas de dissentiment des parents, le consentement du père suffit ». Fallait-il admettre que, malgré la dissolution du mariage, l'avis du père devait toujours être prépondérant ? Fallait-il, au contraire, donner la priorité à l'avis de l'époux innocent, au lieu de dire que l'autorité de la mère étant devenue égale à celle du père, il appartenait au tribunal de décider ?

Les auteurs étaient divisés sur la question. La plupart, cependant, tout en reconnaissant que la logique

aurait voulu que le consentement de l'époux innocent l'emportât, ne se reconnaissaient pas le droit, en l'état des textes, de priver le père d'un privilège qui lui était formellement accordé par la loi. Ils ne pouvaient admettre que le tribunal fut appelé à départager, en quelque sorte, les deux époux et qu'après avoir entendu discuter devant lui les mérites physiques, moraux ou pécuniaires de celui ou de celle que l'enfant songe à épouser il donnât « par jugement son consentement au mariage (1). »

Sans aller jusqu'à donner à l'époux innocent la suprématie que le code réservait au père, on pouvait cependant dire que l'article 148 supposait le mariage existant et partant l'existence de la puissance maritale. Or, le mariage étant rompu par le divorce, toute prédominance du mari cessant et la femme ayant un droit égal à celui de l'homme, il fallait donc admettre que l'enfant aurait besoin du consentement de son père et du consentement de sa mère (2).

En tout cas, dans la pratique il en résultait que le père contre lequel le jugement était intervenu et qui s'était vu priver de la garde de l'enfant pouvait par esprit de vengeance se faire un jeu de refuser un consentement dont il était impossible de se passer.

(1) Coulon, Vraye et Gode.

(2) Goirand.

Loi du 20 juin 1896.

Tel était l'état de la doctrine lorsqu'apparut la loi du 20 juin 1896.

Cette question du désaccord des parents en cas de divorce n'était abordée dans aucun des trois projets de loi présentés à la Chambre des députés en 1888, 1889 et 1894. C'est seulement le 4 avril 1895 que le rapporteur, M. Bertrand, proposa d'employer les n^{os} 152 et 153 des articles abrogés par la nouvelle rédaction des textes relatifs aux actes respectueux pour introduire dans le projet des dispositions nouvelles, et aussitôt il déposa au nom de la commission un texte qui fut voté sans opposition et presque sans observation et qui forma l'article 152 : « *S'il y a dissentiment entre des parents divorcés ou séparés de corps, le consentement de celui des deux époux au profit duquel le divorce ou la séparation aura été prononcé et qui aura obtenu la garde de l'enfant suffira.* »

Il ressort des travaux préparatoires que le but du nouvel article 152 était de déroger au principe de l'article 148 : on a pensé que lorsque la mère avait obtenu le divorce et que la garde de l'enfant lui avait été confiée elle était mieux à même d'apprécier les avantages de l'union projetée et on a fait passer sur sa tête la prépondérance que l'article 148 accordait au père ; dans tous les cas « c'est là, comme l'a dit M. Antony Ratier,

dans son rapport au Sénat, une conséquence naturelle du divorce qui a pour effet de porter atteinte au principe de l'autorité paternelle, laquelle se trouve en tout ou en partie dévolue à celui des conjoints au profit duquel le divorce a été prononcé et qui a obtenu la garde de l'enfant. En fait, d'ailleurs, celui des époux qui a élevé l'enfant ou qui a toujours vécu avec lui et par conséquent le connaît le mieux a plus de compétence que l'autre pour apprécier l'ensemble des conditions nécessaires à la réalisation du bonheur de cet enfant.

Pour que l'article 152 ait son application et que la déchéance soit encourue par le père, il fallait non seulement que le divorce ait été prononcé contre lui, mais que la garde ait été confiée à la mère. Le texte était formel et, sans cette deuxième condition, l'article 148 reprenait toute sa force : en cas de dissentiment, le consentement du père l'emportait.

Le cas où le père avait obtenu la garde bien que le divorce ait été prononcé contre lui ne faisait pas question : l'article 148 s'appliquait dans toute son étendue. Mais que fallait-il penser du cas où le divorce étant prononcé contre le mari, les deux parents étaient reconnus indignes d'élever leur enfant et celui-ci confié à des tiers ? Était-il juste que le père gardât sa toute puissance ? On nous répondra qu'il n'y avait pas de raison pour déroger au droit commun, puisque le père et la mère n'avaient été reconnus aptes ni l'un, ni l'au-

tre à remplir leur devoir d'éducateurs. Pourtant dans le cas que nous examinons, le divorce avait été prononcé au profit de la femme, les torts venaient donc du mari; pourquoi le laisser maître de régler la destinée de l'enfant alors que la mère lui était en quelque sorte supérieure puisque c'était-elle qui avait obtenu le bénéfice de l'instance ?

D'autre part, il avait été dit dans les discussions de la loi, que si le divorce était prononcé aux torts réciproques des époux, la règle ancienne subsistait et que dans ce cas l'article 148 s'appliquait.

Dans ce cas encore il faut remarquer que l'enfant pouvait être confié à la mère et que celle-ci ne pouvait faire prévaloir ses vues : elle avait élevé l'enfant, elle était par conséquent reconnue bonne mère, bien que mauvaise épouse, en tout cas supérieure à son mari comme éducatrice et c'était cependant de ce dernier seul, que le consentement était exigé.

Telle était la loi du 20 juin 1896.

Loi du 21 juin 1907.

Une loi récemment votée par le Parlement apporte de nombreuses dérogations aux règles jusqu'alors en vigueur sur le mariage et nous regrettons qu'elle n'ait pas songé davantage au sort de l'enfant, et réglementé d'une façon décisive les questions si controversées que nous avons entrepris d'examiner.

Il est cependant un point que la loi du 21 juin 1907 a nettement déterminé en ajoutant un alinéa à l'article 152 de la loi du 20 juin 1896. Nous venons de voir que cette dernière loi constituait déjà un progrès sur le code civil, qui n'avait même pas prévu la question, nous avons vu aussi que la loi du 20 juin 1896 ne donnait une solution au conflit que dans un cas déterminé, donnant le droit de consentir à celui des époux qui avait obtenu à la fois le divorce à son profit et la garde de l'enfant.

Au cas où ces conditions n'étaient pas remplies par l'un des époux l'article 148 reprenait toute sa valeur.

Le législateur de 1907 a songé que parfois le mariage serait entravé par un père qui conservait sa prééminence conformément au droit commun, et qui pouvait avoir rendu le divorce nécessaire par sa propre faute.

La loi du 21 juin 1907 s'inspire de la loi du 24 juillet 1889 sur les enfants maltraités ou moralement abandonnés dont l'article 17, § 2 s'exprime ainsi : « Si des parents ayant conservé le droit de consentir au mariage d'un de leurs enfants refusent de consentir au mariage en vertu de l'article 148 du code civil, l'assistance publique peut les faire citer devant le tribunal qui donne ou refuse le consentement, les parents entendus ou eux dûment appelés ». Ces parents ont abandonné leurs droits de puissance paternelle à l'assistance pu-

blique, qui peut par conséquent porter atteinte à leur droit de consentir au mariage.

Le 1^{er} alinéa de l'ancien article subsiste en entier :
« *S'il y a dissentiment entre les parents divorcés ou séparés de corps, le consentement de celui des deux époux au profit duquel le divorce ou la séparation aura été prononcé et qui a la garde de l'enfant suffira.* »

L'innovation est contenue dans le deuxième alinéa :
« *Faute de réunir ces deux conditions, celui des père et mère qui consentira au mariage pourra citer l'autre devant le tribunal de 1^{re} instance siégeant en chambre du conseil; le tribunal compétent sera celui du domicile de la personne qui a la garde de l'enfant, il statuera en audience publique et en dernier ressort* ».

Le texte de cette loi reçoit un 1^{er} commentaire par la circulaire adressée le 12 juillet 1907 par le garde des sceaux au procureur général près la cour d'appel.

« Il résulte des explications contenues dans le rapport fait à la Chambre des députés par M. R. Péret qu'il est dans l'intention du législateur que cette faculté appartienne non seulement à l'époux qui a obtenu soit le divorce à son profit, soit la garde de l'enfant, mais encore à l'époux aux torts duquel le divorce a été prononcé et qui n'a pas obtenu la garde de l'enfant. D'autre part, quand le divorce ou la séparation aura été prononcée aux torts réciproques des conjoints, ils devront être considérés comme l'ayant obtenu tous

deux à leur profit: par suite, le consentement de celui qui aura la garde de l'enfant dispensera de recourir au tribunal ».

L'intention de la loi est ainsi nettement déterminée le texte ne donne pas lieu à des divergences d'interprétation, mais il peut prêter à la critique.

La mission confiée au tribunal de départager les parents en désaccord va être des plus délicates. Aura-t-il toujours les moyens nécessaires d'apprécier les motifs qui dictent leur conduite au père et à la mère ? Les juges ne connaîtront pas l'enfant : comment distingueront-ils la malveillance, du souci d'assurer le bonheur de cet enfant lorsque l'un des parents refusera son consentement.

Le tribunal n'aura comme base d'appréciation que le plus ou moins de valeur morale du père ou de la mère. Et alors était-il nécessaire de faire revenir devant lui deux personnes qu'il a déjà jugées ?

L'un des deux a déjà été reconnu plus digne que l'autre du devoir d'éducateur puisque la garde de l'enfant lui a été confiée. Mauvais époux soit, mais bon père. Et alors, le juge donnera raison à celui qui, une fois déjà, lui est apparu comme le plus apte à agir au mieux des intérêts de l'enfant.

La nouvelle loi n'aurait-elle donc pas agi plus sagement en donnant le droit de consentir au mariage au parent qui a obtenu la garde, que ce soit le père ou la

mère, que le divorce ait été ou non prononcé contre lui ?

Aurait-il été plus grave d'enlever dans ce cas un attribut de la puissance paternelle au père pour le donner à la mère que de le confier en fait au tribunal. Nous ne le croyons pas.

Nous n'avons envisagé la question que lorsque c'est le père ou la mère qui sont gardiens, elle présente certainement plus de difficultés lorsque les deux parents ont été dépossédés de leur enfant.

S'il existe des ascendants, nous serions tenté d'appliquer l'article 150 : « *Si le père et la mère sont morts, ou s'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les aïeuls et aïeules les remplacent. S'il y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne, il suffit du consentement de l'aïeul. S'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce partage emportera consentement.* »

Les deux parents ont été reconnus incapables d'élever l'enfant, pourquoi ne pas leur enlever le droit de consentir au mariage ? Les grands parents remplaceront ces parents, comme dans le cas où ceux-ci sont « dans l'impossibilité de manifester leur volonté ».

Enfin le troisième cas devient beaucoup plus délicat et la solution à donner paraît beaucoup plus difficile, c'est le cas où les enfants ont été confiés à des tiers.

Il est certainement impossible de donner à un étran-

ger, même gardien, le droit de consentement à mariage, et la loi de 1907 présente la seule solution acceptable.

Ainsi donc le nouvel article 152 ne nous apparaît que comme un *pis-aller*.

Lorsque le père ou la mère aura dirigé l'éducation de l'enfant, que partant lui seul connaîtra son caractère et ses aspirations ce sera le consentement de celui-ci qui devra suffire.

Si l'enfant n'a été confié ni à son père, ni à sa mère, et qu'il existera des ascendants, ce seront à ces derniers que nous donnerons le droit de consentement dans les termes de l'article 150.

Alors seulement quand l'enfant aura été confié à des tiers et qu'il n'aura plus d'ascendants, nous ferons application de la loi de 1907.

Mais quel devra être le vrai rôle du tribunal ?

Un rapprochement semble s'imposer ici entre deux attributs de la puissance paternelle dont le juge devient possesseur, entre le droit de correction et le consentement au mariage. Nous verrons à propos du droit de correction que d'après une pratique, qui est une création du tribunal de la Seine, beaucoup de magistrats font une enquête sur les motifs du père *agissant par voie d'autorité* avant de lui délivrer l'ordre d'arrestation. M. Berthélemy propose même la subordination du droit de correction à une décision judiciaire

dans tous les cas, c'est-à-dire, en fait, la suppression du droit de correction par voie d'autorité.

Le juge se trouve investi ici d'un attribut de la puissance paternelle : *le droit de correction*, la loi de 1907 lui en confère un autre : *le consentement à mariage*. Il sera donc bon que son rôle ne consiste pas seulement à départager deux personnes en désaccord.

Il faudra que sa décision soit précédée d'une enquête minutieuse et complète, qu'il mette en œuvre tous les moyens susceptibles de l'éclairer, qu'il ne convoque pas seulement devant lui le père et la mère, mais le gardien si ce dernier a été un tiers et enfin l'enfant lui-même. Il faut se rendre compte que le tribunal se trouvera investi d'une haute mission et qu'il devra suppléer par sa sagesse seule aux inspirations de l'amour paternel.

DEUXIEME PARTIE

CHAPITRE I^{er}

Droit de correction.

Le droit de correction est au sens large du mot le corollaire du droit d'éducation et sa sanction nécessaire. C'est l'ensemble des moyens que les parents peuvent employer pour se faire respecter et obéir de leurs enfants. Les père et mère ont donc la possibilité d'infliger à leurs enfants des peines purement morales n'atteignant que leur amour-propre, soit même des peines physiques pourvu qu'elles ne dégénèrent pas en violences, ou brutalités qui tomberaient sous le coup de la loi. Il est bien certain qu'en cas de divorce l'exercice de ce droit est accordé à la personne qui a la garde de l'enfant quelle qu'elle soit, sans lequel d'ailleurs il lui serait impossible de remplir son devoir d'éducation.

Mais dans la langue du code le *droit de correction* a un sens plus étroit: c'est le droit pour le père de

faire emprisonner son fils, droit que le code a réglementé dans les articles 375 à 380. Rappelons brièvement que le père a à sa disposition deux moyens :

1° Qu'il peut agir par *voie d'autorité*, et que dans ce cas, sans avoir à donner de motifs, il peut obtenir l'emprisonnement de son enfant ;

2° Qu'il peut agir par *voie de réquisition*, c'est-à-dire solliciter du président du tribunal l'ordre d'arrestation que celui-ci accordera ou refusera après en avoir examiné les motifs.

Le père ne peut agir par voie d'autorité que lorsque *l'enfant a moins de 16 ans commencés* (art. 376). Il ne peut le faire encore *lorsqu'il est remarié* (art. 180), lorsque l'enfant exerce un état ou qu'il a des biens *personnels* (art. 382). Signalons enfin la disposition de l'article 381 qui veut que la *femme survivante et non remariée ne puisse faire détenir un enfant qu'avec le concours des deux plus proches parents paternels et par voie de réquisition*.

Or la loi n'a rien prévu pour le cas de divorce. Accorde-t-on le droit de correction au père divorcé qui n'a pas la garde de l'enfant ? L'accorde-t-on à la mère gardienne ? Et qu'on ne dise pas que ces hypothèses sont des exceptions négligeables, dit M. Berthélemy. C'est précisément dans ces cas exceptionnels et pour ces familles anormales que le droit de correction est le plus fréquemment utilisable. L'enfant de-

vient vicieux parce qu'il est élevé dans un milieu troublé et dans des situations anormales (1) ».

Le problème ne se pose évidemment pas si c'est le père qui a fait prononcer le divorce et s'il a la garde. La puissance paternelle subsiste et il l'exerce comme au cours du mariage. Mais que va-t-il se passer au cas où la femme a triomphé dans l'instance et où les enfants lui ont été confiés ?

Plusieurs solutions peuvent être admises : certains auteurs refusent absolument à la mère le droit de correction : ce droit est attaché à la personne du père, les articles 375 et suivants ne l'accordent qu'à lui, et même après sa mort, il ne passe pas directement à la mère, puisque l'article 381 ne lui permet de faire détenir l'enfant que par voie de réquisition et avec le concours des deux plus proches parents paternels.

La femme, il est vrai, a un droit de surveillance, mais qui ne lui confère pas un pouvoir spécial comme le droit de correction.

Et en supposant même qu'on lui permit d'exercer le droit de correction, elle ne pourrait le faire que dans les limites prévues par l'article 381, il lui faudrait donc le concours de son mari ; ce serait, en réalité, le père dont la volonté serait encore prépondérante. Le divor-

(1) Berthélemy, *Nécessité de modifier la législation sur l'emprisonnement par voie de correction.*

ce n'aurait donc aucune influence, le père garderait son droit tout entier, comme si le mariage subsistait (1).

En face de cette intransigeance, certains ont adopté ce que nous pourrions appeler un moyen terme, en donnant le droit de correction à la fois au père et à la mère; on se base sur l'article 303 qui donne respectivement aux parents un droit de surveillance sur l'éducation de leurs enfants, quelle que soit la personne à laquelle ceux-ci auront été confiés. Faisant du droit de correction le complément nécessaire et inséparable du droit de surveiller l'éducation on arrive à la donner à la fois au père et à la mère qui l'exerceront ensemble (Huc, Laurent).

Ni l'une ni l'autre des théories que nous venons d'exposer ne nous donnent satisfaction et nous admettons plus volontiers la troisième solution apportée au problème, c'est-à-dire le droit de correction exercé par la mère gardienne des enfants.

L'article 373 nous dit que le père exerce *seul* son autorité *pendant le mariage* : c'est un privilège qu'on lui accorde tant que dure le mariage, mais auquel il n'a plus aucun droit quand celui-ci est dissous. Or la loi ne spécifie pas que ce privilège disparaît seulement au cas de mort, elle a le soin de le dire dans l'article

(1) Vraye et Gode.

390 elle le ferait également ici, nous n'avons donc aucune raison pour ne pas admettre qu'il prend fin quel que soit le mode de dissolution du mariage et par conséquent au cas de divorce.

Mais le mari n'étant plus seul à exercer cette autorité, allons-nous donc décider que les deux époux vont l'exercer concurremment ? Nous croyons que ce serait là méconnaître les vues du législateur. Ce serait créer une dualité de droits que l'article 373 a pour but d'éviter. Ce serait créer des conflits entre les deux parents, conflits d'autant plus graves et plus dangereux que les père et mère ne vivent plus en communauté d'idées. S'il y a intérêt à ce que dans le mariage il n'y ait qu'une seule autorité, cet intérêt n'est-il pas plus grand encore dans le divorce où les deux parents se trouveront être sans cesse en contradiction. Cette nécessité d'une autorité prépondérante ressort d'ailleurs suffisamment des travaux préparatoires.

« Jusqu'à la majorité, dit Réal, cette puissance est dans les mains des auteurs de nos jours, moyen de défense et de direction, et si cette puissance est donnée par la nature au père et à la mère, il est facile de reconnaître que la raison exige que le père seul puisse l'exercer et que la mère ne commence à en jouir réellement qu'à l'instant où elle devient veuve (1) »

(1) Exposé des motifs du titre de la puissance paternelle fait par Réal à la séance du 14 mars 1803.

Citons l'opinion de Vezin : « Ce pouvoir, dit-il, s'il était en même temps partagé entre plusieurs s'affaiblirait par celà même et tournerait en sens contraire de l'objet de son institution. Le projet de la loi n'entend pas par là ne pas associer la mère à cette magistrature, elle l'exerce à son tour et prend la place du père s'il vient à manquer (1) ».

Enfin Albisson précise encore davantage : « Ainsi, dit-il, c'est au mari comme chef de la société conjugale que la puissance sur les enfants doit appartenir pendant la durée de la société pour passer ensuite à la femme après sa dissolution (2) ».

Non seulement les trois orateurs affirment l'intérêt qui existe à n'admettre qu'une autorité, mais les deux derniers répondent presque catégoriquement à la question que nous nous posons, en disant que le privilège du père passe à la mère au cas où le mariage est dissous.

Nous voici donc amené à conclure qu'au cas où la mère s'est vue confier la *garde* c'est elle seule qui va exercer le *droit de correction*.

Nous serions même tenté d'ajouter un dernier argument et de dire : D'ailleurs, ce droit d'autorité ne fait que dériver du droit de garde. Malheureusement

(1) Discours de Vezin, orateur de la section de législation, à la séance du 22 mars 1802.

(2) Discours d'Albisson, à la séance du 24 mars 1803.

c'est un principe qui ne peut être étendu et devant les conséquences duquel nous reculons lorsque c'est à un tiers que les enfants ont été confiés.

Nous ne pouvons donner à un tiers un attribut de la puissance paternelle. La lacune qui existe dans la loi, se fait sentir ici plus encore que dans le cas précédent.

Faut-il admettre que le tribunal seul pourra exercer le droit de correction sur la demande à lui adressée par le gardien ou l'un des deux époux ? Pourquoi même ne pas restreindre cette faculté à celui qui a obtenu le divorce ; il est probablement plus digne que celui qui a succombé dans l'instance. Toutefois il s'agit là d'une réforme, rien dans les textes, ni même dans l'esprit de la loi ne nous permettant d'affirmer que telle a été la volonté du législateur.

Toutefois dans la pratique il n'y aurait pas grand inconvénient à ce que le père non gardien use de son droit d'agir par autorité. La jurisprudence a tourné maintenant la loi d'une façon illégale il faut l'avouer, mais réalise ainsi une amélioration certaine. L'article 375 ne permettant au père d'agir que lorsqu'il a des sujets de mécontentement très graves, beaucoup de magistrats font une enquête sur les motifs du père agissant par voie d'autorité avant de lui délivrer l'ordre d'arrestation.

Cette pratique est une création du tribunal de la

Seine, elle s'est répandue dans la plupart des tribunaux des grandes villes.

De sorte que dans l'hypothèse que nous supposons ce serait en somme le tribunal qui statuerait sur le sort de l'enfant.

Mais la question serait autrement simplifiée par une réforme complète du droit de correction telle que la propose M. Berthélemy, c'est-à-dire substituer à l'incarcération d'un à 6 mois dans une prison, l'internement d'une durée indéterminée dans une école de réforme et surtout la subordination de l'exercice du *droit de correction* dans tous les cas à une décision judiciaire précédée d'une enquête minutieuse et complète. Nous n'aurions plus ainsi à nous demander quelle est la personne qui exercera le droit de correction au cas de divorce, son attribution même à un gardien étranger serait possible puisque le droit d'agir par voie d'autorité n'existerait plus et le droit de garde et celui de correction pourraient ainsi coïncider.

CHAPITRE II

Administration légale.

L'enfant mineur peut posséder des biens personnels, recevoir une donation, un legs et c'est à son père que la loi a confié l'administration de ces biens qui lui appartiennent en propre : *Le père est durant le mariage administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs* nous dit le 1^{er} alinéa de l'article 389. C'est du reste le seul article qui ait été consacré à la matière, et le législateur par sa brièveté et son silence a fait naître de nombreuses controverses. La question du divorce qui nous occupe est une de celles où les opinions les plus diverses ont été tour à tour défendues.

Qu'avons-nous en effet pour nous guider en dehors de l'article 389 ? Uniquement l'article suivant : « *Après la dissolution du mariage arrivée par la mort naturelle ou civile de l'un des époux, la tutelle des enfants mineurs et non émancipés appartient de plein droit au survivant des père et mère.* » De ces deux textes mêmes naît la difficulté : Le code entend-il dire par ces mots, *durant le mariage*, que l'administration

est enlevée au père quel que soit le mode de dissolution du mariage, en prévoyant dans l'article suivant le cas de mort a-t-il voulu indiquer au contraire que le divorce n'avait aucune influence sur les dispositions de l'article 389 et que le père restait quoique divorcé administrateur légal des biens de ses enfants.

Comme dans tous les cas que nous avons examinés jusqu'ici, la question ne se pose pas si le père a fait prononcer le divorce à son profit et a obtenu la garde des enfants. Personne dans ce cas ne songe à lui enlever l'administration, mais, la difficulté naît lorsque le père a été condamné et que la mère est gardienne.

Certains auteurs, et ce sont les moins nombreux, soutiennent que tant que le mariage n'est pas dissous par la mort, le père garde l'administration, qu'aucun texte ne nous permet de lui enlever. Il n'est pas déchu par la loi de cet attribut de la puissance paternelle, de quel droit veut-on l'en priver ? Le principal argument de cette thèse semble être l'article 390 qui spécifie que la tutelle s'ouvre seulement au cas de mort, ce qui exclut par conséquent le cas de divorce. De plus, l'expression *durant le mariage*, dans l'article 389, n'est-elle pas synonyme de *durant la vie du père*. A l'égard des enfants, le mariage subsiste toujours et dans l'esprit de la loi tant qu'il reste présent, c'est à lui qu'incombent les droits et les devoirs de la puis-

sance paternelle, à moins qu'un texte vienne expressément les lui enlever.

Combattant l'argument que leur opposent leurs adversaires en disant que, lorsque le père est privé de l'usufruit légal (art. 386), il doit être également privé de l'administration, les partisans de la doctrine que nous exposons répondent que l'administration sans la jouissance est une charge et qu'il n'y a point lieu de la supprimer. L'article 386 enlève l'usufruit au père coupable uniquement à titre de déchéance; c'est en quelque sorte une peine infligée à l'époux dont les torts ont été reconnus, peine que vous diminuez si vous lui ôtez l'administration dont la jouissance est la compensation.

Cette opinion a pour elle l'autorité des textes, on peut dire qu'en statuant sur la garde, le législateur a laissé en dehors l'administration des biens qui en est tout à fait distincte. La mère, gardienne, peut avoir été choisie comme la plus apte à diriger l'éducation de l'enfant alors qu'elle n'aura aucune compétence pour s'occuper de ses intérêts matériels. Guidée par les meilleures intentions, son inexpérience des affaires l'empêchera sans cesse de mener à bien l'œuvre entreprise.

Et qu'on ne dise pas, affirment les partisans de cette doctrine, que le père, pour se venger de n'avoir pas obtenu la garde, administrera sans zèle ou même admi-

nistrera mal. Cette crainte est exagérée, parce qu'un homme a été mauvais époux, a commis peut-être une faute passagère, il ne s'ensuit pas qu'il doive être mauvais père. D'ailleurs s'il est indigne, il sera facile de faire prononcer sa déchéance en vertu de la loi du 24 juillet 1889.

Enfin si la jurisprudence s'est nettement prononcée dans le sens opposé, il faut citer cependant un jugement du tribunal de la Seine du 4 août 1888 (précité), qui semble être en faveur de ceux qui veulent en tout état de cause laisser l'administration au père. « Attendu, dit-il, que le divorce ayant été admis contre le père, il se trouve privé de la jouissance des mêmes biens en vertu de l'article 386 du code civil, que pour ne pas rendre cette disposition illusoire et afin d'en assurer la sanction le tribunal est amené dans les conditions sus-rappelées à user de son pouvoir réglementaire et à lui retirer l'administration dont il était investi ».

« Attendu que, l'administration légale ayant été établie dans l'intérêt et pour la sauvegarde de l'enfant, il convient dans l'espèce de la confier à la mère dont la moralité et la capacité sont attestées par les divers documents de la cause ».

C'est donc reconnaître que l'administration était en principe maintenue au profit du père et si elle lui est enlevée, c'est à cause de son indignité et en vertu du

pouvoir discrétionnaire que le tribunal s'attribue sur la puissance paternelle.

Ainsi donc le père contre qui le divorce a été prononcé, le père même qui a été privé de la garde conserverait cet élément essentiel de la puissance paternelle : l'administration légale. C'est la théorie de tous ceux qui se basant uniquement sur la loi ne veulent enlever au père que les attributs dont il est expressément privé par un texte (1).

Abordons maintenant la théorie adverse qui veut que l'administration légale suive la garde, théorie qui a pour elle la plupart des auteurs.

Le premier argument que nous rencontrons est celui qu'on tire de l'article 267 : l'administration provisoire des enfants restera au mari demandeur ou défendeur en divorce, à moins *qu'il n'en soit autrement ordonné par le tribunal sur la demande, soit de la mère, soit de la famille ou du ministère public pour le plus grand avantage des enfants.*

Si l'on consulte les travaux préparatoires, on voit que le code entend parler de tous les droits appartenant au père en sa qualité de chef de famille et que les mots *administration provisoire des enfants* s'appliquent tout autant à ses biens qu'à sa personne physique : « L'administration des enfants, dit Treilhard,

(1) Dans ce sens, Vraye et Gode, Demolombe, Laurent et Massol.

nous a paru devoir être provisoirement confiée au mari, il a pour lui son titre, il est chef de la famille ».

Savoie-Rollin, dans son rapport au Tribunat, précise plus encore: « A l'égard des enfants, ils demeurent sous la tutelle du mari, à moins que le tribunal n'en ordonne différemment ». Or, le code nous dit administration provisoire, c'est-à-dire seulement tant que dure l'instance; nous pouvons en conclure que le divorce une fois prononcé, l'administration n'appartient pas de droit au mari et que si celui-ci est condamné, c'est à sa femme, gardienne des enfants, qu'elle doit revenir.

Il est un autre argument que presque tous les auteurs ont reproduit sous différentes formes : l'administration légale étant le corollaire de la jouissance légale, et celle-ci étant enlevée au père (art. 386), il doit être également privé de l'administration.

Le législateur prive de la jouissance légale l'époux contre lequel le divorce a été prononcé, c'est une déchéance qu'il inflige à celui: « qui, par un délit grave a brisé les nœuds les plus sacrés, pour lequel il n'y a plus de famille, dit le conseiller d'Etat Réal, à propos de l'article 384 (1).

Or, le droit de jouissance n'est qu'une indemnité destinée à compenser « les droits onéreux attachés à

(1) Exposé des motifs de la puissance paternelle.

l'exercice de puissance paternelle » et compenser, par conséquent, l'administration qui n'est qu'une charge. Du moment que vous enlevez l'indemnité, vous devez faire cesser la charge ; le père qui, par application de l'article 386, ne jouira plus des revenus de ses enfants ne sera plus obligé de gérer leur fortune.

Ajoutons que lorsque nous nous sommes occupé de l'article 386, nous avons été amené à décider que, lorsque le père était privé de la jouissance, celle-ci passait à la mère. Par conséquent, il est juste que ce soit elle qui, ayant la compensation, ait pour devoir la défense des intérêts de ses enfants.

Nous avons vu comment les partisans de la théorie adverse combattent cet argument, en disant que la jouissance est enlevée à titre de déchéance et que la peine que le législateur a voulu imposer consiste justement dans le fait de laisser à l'époux coupable la charge sans l'indemnité.

Outre l'autorité des auteurs, on peut citer à l'appui de cet argument un jugement du tribunal de Nice du 3 mai 1892, dans lequel on trouve cette considération « qu'il convient de joindre l'administration légale à la jouissance légale ».

« Aux termes de l'article 389, dit-il, le père n'est l'administrateur des biens de ses enfants mineurs que pendant le mariage ; s'il est admis qu'il conserve cette

administration même après la dissolution du mariage survenue par le divorce, ce n'est que tout autant qu'il conserve aussi la jouissance des biens par l'application du principe qui veut que les charges suivent l'émolument. Mais il serait illogique et contraire aux intérêts de l'enfant que l'administration lui fût maintenue quand la jouissance lui a été enlevée, il est certain d'un côté que s'il n'est point privé par l'effet du divorce de ses droits de puissance paternelle, l'administration des biens n'est pas un attribut essentiel de cette jouissance ».

Nous retrouvons la même idée dans un jugement du tribunal de la Seine du 25 novembre 1896 (*le Droit*, 16 décembre 1896) : « Il convient de remarquer qu'aux termes de l'article 386 du code civil la jouissance légale des biens des enfants n'a plus lieu au profit du père contre lequel le divorce a été prononcé. Il serait évidemment illogique de lui conserver l'administration des biens dont l'usufruit légal lui est enlevé pour être donné à la mère au risque de tous les conflits qu'une semblable situation ne manquerait pas de soulever. »

Enfin il semble naturel que le législateur en statuant sur le droit de garde ait entendu confier les intérêts de l'enfant à celui qu'il chargeait de veiller sur sa personne. En laissant le tribunal juge du *plus grand avantage des enfants*, n'a-t-il pas voulu protéger à la fois ses intérêts moraux et ses intérêts pécuniaires ?

« C'est le parent dont la conduite a été le plus irréprochable, nous dit M. Labbé, qui semble devoir être le meilleur protecteur de l'enfant, c'est lui qui a le mieux compris ses devoirs, c'est lui qui aura vraisemblablement le plus de dévouement ».

L'article 141 vient lui-même à l'appui de l'argument :
« *Si le père a disparu laissant des enfants mineurs issus d'un commun mariage, la mère en aura la surveillance et elle exercera tous les droits du mari quant à leur éducation et à l'administration des biens* ». Ce texte nous prouve que dans le cas de disparition du père, cas que nous pouvons facilement assimiler à celui du divorce, le législateur n'a pas craint de réunir dans les mêmes mains la surveillance morale et la gestion de la fortune. Le tribunal, il est vrai, pourra prendre telle mesure qui lui conviendra, mais s'il confie l'enfant à la mère et laisse l'administration légale au père, c'est qu'il aura été déterminé par les circonstances de la cause et que l'intérêt des enfants aura voulu qu'il en fût ainsi.

En dehors de dispositions spéciales dans le jugement, la personne qui aura la garde devra être considérée comme étant la plus apte à défendre les intérêts de l'enfant.

Telle est l'opinion de la cour de Paris dans son arrêt du 15 décembre 1886 (*Gaz. Tr.*, 18 décembre 1886) :

« Considérant, dit-elle, que la garde de son enfant

mineur confiée par autorité de justice à la mère divorcée implique non seulement pour celle-ci le droit de veiller à la protection de cet enfant, mais encore de poursuivre, s'il y échet, la réparation du préjudice qu'il aurait éprouvé par suite d'un délit ou quasi-délit ;

Que l'article 389 du code civil n'attribue exclusivement au père l'administration des biens que durant le mariage ; par le divorce, l'administration des biens passe à celui des anciens époux à qui l'enfant lui-même est confié à moins que des dispositions particulières n'aient été arrêtées quant à cette administration ;

Que l'article 302 ne fait aucune distinction entre la garde de la personne physique de l'enfant et celle des droits qui peuvent lui appartenir ;

Qu'à la vérité et conformément à l'article 390 du code civil, il n'y a pas lieu à ouverture d'une tutelle aussi longtemps que le père et la mère divorcés sont tous deux vivants, mais que la mère à qui l'enfant est confié, si elle n'a pas le titre de tutrice légale n'en puise pas moins dans le mandat dont elle est investie un titre suffisant pour agir en justice au nom et dans l'intérêt de son enfant mineur » (Paris, 15 décembre 1886).

Cet arrêt célèbre en la matière, a été suivi et nous trouvons les mêmes arguments dans le jugement du tribunal de la Seine du 25 novembre 1896 (précité).

« Dans le silence de la loi et du jugement sur l'administration légale des biens de la mineure, celle-ci doit suivre la garde au moins en tant que cette garde a été confiée à la mère. Il est naturel de penser que le législateur a voulu protéger dans ce cas de la même manière tous les intérêts moraux et pécuniaires de l'enfant. »

Faisant allusion à l'article 141, le jugement déclare « qu'il n'est aucune raison sérieuse pour ne pas admettre la même solution au cas de divorce ».

« Si pendant le mariage, dit-il encore, le père l'exerce seul, cela tient à ce que la famille doit être soumise à l'autorité du mari à qui la femme doit obéissance, mais lorsque le lien conjugal est dissous par le divorce chacun des époux reprend l'exercice de son droit sans autre limite que le droit concurrent de son ancien conjoint ».

La jurisprudence est donc actuellement bien établie : L'administration légale incombe à l'époux gardien.

Mais alors se pose au point de vue pratique la question de responsabilité : supposons qu'une mère à qui a été confiée la garde ait omis d'agir dans une action dont la minorité de l'enfant ne saurait suspendre la prescription.

Le mineur lésé va-t-il pouvoir demander des dommages-intérêts ? Durant le mariage le père est compa-

ble, responsable de sa négligence mais ici en cas de divorce, l'enfant pourra-t-il demander réparation ?

Il semble difficile de répondre affirmativement puisque le parent gardien n'est assujéti par aucun texte de loi à l'administration de la fortune de l'enfant, à qui, dans tous les cas, l'étendue de ses fonctions n'a pas été déterminée.

Faudrait-il appliquer l'arrêt de 1886 : « La garde implique le devoir non seulement de veiller à la protection de la personne, mais encore de poursuivre la réparation d'un préjudice causé ?

La solution serait évidemment plus embarrassante à donner ici que dans le cas tranché par la cour de Paris. Il est en somme facile de donner le droit d'agir pour défendre un incapable, mais l'on peut se montrer plus hésitant pour, sans l'appui d'aucun texte, condamner à des dommages-intérêts une personne dont la seule faute est de n'avoir point agi alors que cette inaction n'est due qu'à une lacune dans la loi.

Quoi qu'il en soit, cette dernière théorie semble la meilleure, et malgré l'inexpérience de la mère en affaires il nous paraît absolument logique qu'elle administre la fortune de l'enfant qui lui est confié.

Mais si nous enlevons au père non gardien, l'administration légale, et si nous posons en principe qu'elle doit être attribuée à l'époux gardien, que se passera-

t-il lorsque les deux parents auront été dépossédés de la garde, et que l'enfant aura été confié à un tiers.

Il ne peut être question bien entendu de confier cette administration à un étranger ? Lequel des deux parents en sera alors chargé ? Une solution pourrait être acceptable. Puisque le tribunal a déjà fixé le droit de garde, et que devant l'indignité des deux parents à élever leur enfant il a confié ce dernier à un tiers, pourquoi le tribunal, ne désignerait-il pas celui des deux parents qui devra être *administrateur*. Que l'un des parents soit indigne pour certaines raisons d'élever l'enfant, il ne s'ensuit pas qu'il ne soit apte à gérer sa fortune. Eclairés par les débats, les juges pourront savoir quel est celui des deux parents qui offre le plus de garantie, et lui remettre la direction des intérêts pécuniaires de l'enfant. On éviterait ainsi de donner nécessairement l'administration au père lorsque le tiers est un gardien.

CHAPITRE III

Consentement à l'émancipation.

M. Planiol nous dit que l'émancipation est un acte juridique qui a pour but de conférer à un mineur : 1° *le gouvernement de sa personne*, 2° *la jouissance et l'administration de ses biens avec une capacité limitée*.

C'est un *noviciat* qui peut être utile pour apprendre au mineur à se conduire dans la vie, un stage où il usera d'une capacité limitée avant de jouir d'une liberté absolue lorsqu'il aura atteint sa majorité.

Par qui cette demi-capacité sera-t-elle accordée au mineur ?

L'article 477 du code civil est ainsi formulé : « Le mineur même non marié pourra être émancipé par son père ou à défaut du père par sa mère lorsqu'il aura atteint l'âge de 15 ans révolus. »

« Cette émancipation s'opérera par la seule déclaration du père ou de la mère reçue par le juge de paix, assisté de son greffier »,

On voit immédiatement la question qui se pose pour

nous dans l'ambiguïté du texte ; que faut-il entendre par « à défaut du père » ? Ici encore l'événement du divorce n'a pas été prévu et les auteurs en seront réduits à interpréter le texte selon leurs tendances.

Les premiers, tout en constatant qu'il est absolument illogique de laisser le pouvoir d'émanciper au père lorsque le divorce a été prononcé contre lui, lorsqu'il a été privé de la garde, ne se reconnaissent pas le droit en présence de l'article 477 de le lui enlever.

En effet, disent-ils, lorsque le législateur a voulu que les droits du père cessent avec le mariage, il s'est exprimé nettement. Il a employé l'expression *durant le mariage*, que nous retrouvons également dans l'article 373 relatif au droit d'autorité, dans l'article 384 relatif à la jouissance légale, et dans l'article 389 qui régit l'administration légale.

L'article 477 dit seulement *à défaut du père* et les auteurs qui soutiennent cette première thèse veulent y voir une intention.

Et même, nous disent-ils, Berlier dans l'exposé des motifs a précisé de telle façon qu'aucun doute n'est possible : « Le mineur qui a ses père et mère ne pourra recevoir l'émancipation que de son père ; *si l'un d'eux est mort*, le droit d'émancipation appartiendra au survivant ». La question du divorce n'est pas abordée et ce n'est qu'en cas de mort du père, que la mère aura l'exercice du droit d'émancipation.

Ces auteurs admettent qu'il existe évidemment de nombreux arguments moraux militant en faveur d'une thèse adverse, mais en présence du texte il leur est impossible d'en faire cas (1).

Certains commentateurs moins esclaves du texte, ne peuvent consentir à laisser au père seul le droit d'émancipation lorsque le divorce a été prononcé contre lui et qu'il n'a pas la garde. Cependant ils n'osent assimiler le divorce à la mort et ne donnent pas à la mère seule l'attribut de la puissance paternelle qu'ils enlèvent au père, ils leur en donnent conjointement l'exercice (2).

Quelle est celle des deux opinions qui semble la meilleure et quelle est celle qu'il convient d'adopter ?

En se basant sur l'interprétation même du texte il est certainement impossible de priver le père d'un droit que le code lui laisse, puisque nous avons vu que dans certains cas le code emploie l'expression *durant le mariage* lorsqu'il veut qu'après le divorce l'attribut de la puissance paternelle soit enlevé au père et passe à la mère.

Mais il existe un argument très fort en faveur de la

(1) En ce sens, Coulon, tome III ; Carpentier, n° 393 ; Paris, 1^{er} mai 1813, S., *Chr.* ; Cassation, 4 avril 1865, D., 65, 1, 387.

(2) En ce sens, Vraye et Gode, t. II, n° 753 ; Goirand, n° 297 ; Demolombe, *Puiss. patern.* ; Massé et Vergé, t. I, § 227, note 2 ; Demante, t. II, n° 243 *bis* ; Bordeaux, 7 janvier 1852, S., 1852, 2, 276 ; trib. Seine, 6 mars 1862, S., 1862, 2, 395 ; Carpentier, *Divorce*, n° 393 ; Cass., 4 avril 1865, S., 1865, 1, 257 et *infra*, n° 822, *in fine*.

deuxième thèse, argument tiré des résultats mêmes que peut amener l'application stricte de l'article 477.

Supposons qu'en application de l'article 386 du code civil la jouissance légale ait été retirée au père contre qui le divorce a été prononcé. Il pourrait se faire que dans un esprit de vengeance le père ne soit amené à émanciper l'enfant uniquement pour dépouiller la mère de son usufruit légal. Le tribunal a condamné le père, a confié la garde à la mère, en un mot a agi au mieux des intérêts de l'enfant, et toutes les dispositions prises par le juge pourront être anéanties par un père guidé seulement par la haine et usant strictement du pouvoir que lui confère le législateur.

Les tribunaux, il est vrai, se reconnaissent le droit de contrôler l'émancipation et de l'annuler s'il est avéré que les parents n'ont pas agi dans l'intérêt exclusif de l'enfant et que la mesure prise par eux a pu, au contraire, tourner à son préjudice (1). Et s'appliquant plus particulièrement au cas qui nous occupe, le tribunal de la Seine a décidé par un jugement en date du 6 mars 1861 « que si le père émancipe son enfant pour éluder les prescriptions d'un jugement de séparation de corps qui confie la garde de cet enfant à la mère, l'émancipation doit être annulée (2).

(1) Bordeaux, 7 janvier 1852, S., 52, 2, 266 ; Caen, 4 décembre 1867, S., 68, 2, 228.

(2) Cass., 4 avril 1865, S., 65, 1, 257.

Cette jurisprudence s'est conservée dans deux arrêts, l'un de la cour de Paris du 4 décembre 1894 (1), l'autre de la cour de Douai du 25 mars 1895 (2). Ce dernier encore, a trait à la séparation de corps.

« L'émancipation des enfants par leur père lorsqu'elle a uniquement pour but de faire échec à une décision de justice qui, sans annuler les attributs de la puissance paternelle, avait dans l'intérêt des enfants confié provisoirement et pendant la durée d'une instance en séparation de corps leur garde à un tiers, ne peut empêcher l'exécution de cette disposition.

«..... Alors du moins que les enfants n'ont pas de fortune personnelle et qu'ils n'ont pas l'intention de faire le commerce et que leur éducation, leurs habitudes, leurs goûts ne les ont pas disposés à cette liberté relative dont leurs intérêts n'ont nul besoin. »

Depuis la loi du 24 juillet 1889 de semblables décisions peuvent sembler douteuses. On peut se demander, en effet, si les parents peuvent n'être privés que d'une partie seulement de leurs droits depuis que la loi a déterminé les cas dans lesquels ils sont entièrement déchus de la puissance paternelle. D'autre part, les tribunaux ont-ils conservé la faculté de prononcer ces déchéances dans des cas qui n'ont pas été prévus, et sans suivre la procédure déterminée par la loi ?

(1) S., 97, 2, 73.

(2) S., 97, 2, 73.

M. Albert Wahl arrive d'une façon ingénieuse à donner au tribunal le droit de se prononcer : « L'annulation de l'émancipation, dit-il, ou même la privation de la faculté d'émanciper, loin de diminuer les droits dérivant de la puissance paternelle, constituent une prohibition d'abdiquer ces droits ; il y a alors non pas déchéance, même partielle, mais maintien obligatoire de la puissance paternelle (1). »

Or, comme l'émancipation en tant qu'acte juridique comporte des conditions de fond et de forme, si la condition de fond qui est l'intérêt de l'enfant n'est pas observée, les tribunaux devront l'annuler : « Ils invalideront donc l'émancipation non seulement quand elle aura lieu dans l'intérêt de l'émancipant, mais encore quand elle ne sera pas justifiée par l'intérêt de l'émancipé (1) ».

La seconde question qui se pose en face des arrêts que nous venons de citer est la suivante : Lorsque le père ou la mère auront été déchus de certains attributs de la puissance paternelle par une décision judiciaire, pourront-ils faire disparaître les effets de cette décision en émancipant l'enfant.

Nous avons vu que la jurisprudence avait répondu par la négative, et que les tribunaux en présence d'un tel état de fait se reconnaissaient le *droit* de restreindre les effets de l'émancipation.

(1) Albert Wahl, note Sirey, 1897, 2, 73.

Le principe sur lequel se basent les tribunaux est évidemment : *l'autorité de la chose jugée*. Ils estiment qu'il ne peut être loisible de mettre à néant les dispositions prises par le juge *au mieux des intérêts de l'enfant* par une simple déclaration d'émancipation. Mais toutes les décisions qui ont été rendues, l'ont été dans des espèces où le jugement n'avait pas encore acquis autorité de force jugée. M. Albert Wahl fait remarquer que de tels jugements, n'ayant pas acquis force de choses jugées ne sont pas exécutoires, et que par conséquent le père contre qui il a été rendu peut user des voies de recours ordinaires et le « faire réformer en démontrant qu'il ne peut plus désormais être exécuté ».

« L'émancipation produit nécessairement ses effets pleins et par suite soustrait les enfants à la puissance paternelle et à la garde du père ; on ne peut donc désormais contraindre ce dernier d'abdiquer et de transmettre à un tiers une garde qui ne lui appartient plus. »

Ainsi le jugement n'est plus opposable au père qui se trouve matériellement dans l'impossibilité de l'exécuter ; d'autre part les enfants sont en droit de se prévaloir de l'émancipation, et le jugement ne leur est pas opposable puisqu'ils n'y ont pas été partie.

Faut-il déduire de ce raisonnement que les jugements rendus en la matière l'ont été sans juste fondement, et que les tribunaux ont dépassé leur pouvoir en

annulant les émancipations faites dans l'unique but de rendre inapplicables les dispositions prises dans l'intérêt des enfants. M. Albert Wahl revient encore ici à son premier système : le jugement qui a ordonné que la garde soit confiée à l'un des parents a agi au mieux des intérêts de l'enfant. L'émancipation qui vient renverser cette disposition ne peut être faite dans l'intérêt du mineur. Donc les conditions de fond de l'émancipation font encore ici défaut, et le tribunal devra l'annuler.

Ainsi donc si nous admettons que les tribunaux ont le pouvoir d'apprécier les motifs de l'émancipation, le père pourra conserver cet attribut de la puissance paternelle et cela ne présentera plus aucun danger, puisque le jour où le tribunal aura constaté que la condition de fond, c'est-à-dire l'intérêt de l'enfant, fait défaut, il annulera par un jugement la déclaration d'émancipation faite par le père.

On nous propose, d'autre part, de confier le droit d'émancipation conjointement au père et à la mère. Mais cette solution suppose une harmonie parfaite entre deux personnes, harmonie qui ne peut exister après le divorce. Les deux parents devront donc se mettre d'accord pour émanciper leur enfant. Ils pourront y parvenir si l'intérêt de cet enfant seul les guide, mais combien de fois seront-ils conduits par leurs dissentiments personnels à se refuser mutuellement un

consentement dont ils ne peuvent l'un et l'autre se passer pour exercer leur droit.

Et alors nous nous retrouvons ici devant le même problème qu'au cas de consentement à mariage. Faudra-t-il donner au tribunal le droit de départager les deux époux ? Nous avons combattu cette solution adoptée par le législateur au cas de consentement de mariage, nous ne la proposerons donc pas ici dans le silence du texte. Il paraît d'ailleurs inutile de revenir sur cette discussion ; les motifs pour lesquels nous repoussions la décision judiciaire dans le consentement à mariage se retrouve ici dans le droit d'émancipation.

En tout cas, il est bien évident qu'en présence du texte le commentateur ne peut admettre que la première solution proposée : « le père garde son droit d'émancipation ».

Pour nous qui cherchons non seulement à commenter mais à proposer dans le silence de la loi une réforme utile, nous ne pouvons qu'adopter les dispositions que nous nous proposons déjà au cas de consentement à mariage.

Toutes les fois que la mère sera gardienne de l'enfant, c'est à elle qu'appartiendra le droit de l'émanciper, comme c'est à elle dans le même cas qu'appartiendra le droit de consentir à son mariage.

Alors seulement quand l'enfant aura été confié à des

tiers nous laisserons conjointement aux deux parents le droit d'émanciper l'enfant et au tribunal en cas de désaccord le droit de les départager. Comme au cas de consentement à mariage, le tribunal exerce en fait un des attributs de la puissance paternelle, et nous rappelons qu'il devra l'exercer avec la plus grande circonspection, sa mission étant des plus délicates.

CHAPITRE IV

Du consentement à l'adoption.

Rappelons en quelques mots quelle est l'institution dont nous allons envisager les rapports avec le divorce et empruntons encore à M. Planiol la définition qu'il en donne : *C'est un contrat solennel, dit-il, soumis à l'approbation de la justice qui crée entre deux personnes des relations analogues à celles qui résulteraient de la filiation légitime.* Sans détruire les liens qui unissent l'adopté à sa famille naturelle elle crée pour celui-ci une nouvelle parenté dont les effets sont évidemment moins nombreux que ceux qui découlent de la parenté naturelle, mais qui a pour résultat de créer une descendance à l'adoptant, « de donner un héritier ayant tous les droits d'un fils aux personnes qui n'ont pas d'enfant. »

Parmi les conditions exigées par la loi pour la réalisation de l'adoption, l'article 346 formule ainsi la condition du consentement des parents : « *L'adoption ne pourra en aucun cas avoir lieu avant la majorité de l'adopté. Si l'adopté ayant encore ses père et mère*

ou l'un des deux n'a point accompli sa 25^e année, il sera tenu de rapporter le consentement donné à l'adoption par ses père et mère ou par le survivant et, s'il est majeur de 25 ans, de requérir leur conseil.

On voit déjà par la lecture de cet article combien la loi est moins favorable à l'adoption qu'au mariage. Depuis la loi du 21 juin 1907 la nécessité du consentement des parents au mariage est fixé à 21 ans, alors qu'elle reste à 25 ans pour l'adoption. Et même sous l'empire de l'ancienne loi le consentement à mariage n'était requis pour les filles que jusqu'à l'âge de 21 ans.

Il ne s'agit plus ici, en effet, de protéger l'enfant contre lui-même, contre ses propres entraînements comme dans le mariage, mais bien de veiller à la conservation de la famille naturelle et à faire respecter surtout la puissance paternelle.

Nous ne rencontrons pas en la matière qui nous occupe, l'équivalent de l'article 148 qui donne la suprématie au père en cas de dissentiment entre les deux époux. Il en résulte qu'en cas de désaccord des deux parents, la mère peut mettre opposition à l'adoption, en refusant son consentement (1).

L'adoption n'intéressant que le père et la mère, le consentement des grands-parents n'est pas nécessaire

(1) Proudhon, Duranton, Demolombe, Aubry et Rau, *Contrà*, Marcadé sur les articles 343 à 346.

lorsque le père et la mère « sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté ». L'article 150 n'est pas reproduit lui non plus dans la matière de l'adoption.

Le texte semble donc se montrer pour ainsi dire plus difficile pour le consentement à donner à l'adoption que pour le consentement à donner au mariage et la question du désaccord des parents divorcés est encore plus délicate à résoudre.

Les auteurs n'ont pas envisagé la question et le texte est parfaitement catégorique. Il exige d'une façon formelle le consentement des deux parents lorsqu'ils sont tous deux vivants.

Il a même tenu à préciser, puisqu'il nous parle du *survivant*.

Nous ne pouvons même pas dire que le consentement de l'autre suffira lorsque le père ou la mère se trouvera dans l'impossibilité de manifester sa volonté.

Il n'y a donc pas lieu d'interpréter la loi, elle est ici formelle. Il faut à la fois le consentement des deux parents pour permettre à l'enfant d'être adopté et l'un des époux divorcés pourra se faire un jeu par son opposition d'empêcher le contrat de se réaliser.

Est-il bon de suivre la loi dans sa rigueur et l'adoption présente-t-elle tant de dangers pour que nous n'essayons pas de proposer une réforme ?

L'adoption dans notre droit ne fait nullement sortir l'adopté de sa famille naturelle; il conserve vis-à-vis de ses père et mère tous les droits qu'il possédait auparavant et notamment le droit de succession. Bien plus : il reste tenu vis-à-vis de ses parents de tous les devoirs qui lui incombent. La puissance paternelle ne se trouve donc pas détruite; on peut dire qu'elle est affaiblie, et encore nous parlons au point de vue purement moral, puisque, nous venons de le dire, au point de vue juridique les droits et les devoirs réciproques entre parents et enfants subsistent toujours. Dans ces conditions, ne doit-il pas être naturel de faire régir le consentement à l'adoption par les mêmes principes que le consentement à mariage. C'est la solution qui nous semblerait la meilleure. Au cas de divorce nous donnerions donc le droit de consentir à l'adoption au parent chargé de la garde.

Comme dans les cas précédents, nous confierons au tribunal le soin de départager les parents quand l'enfant aurait été confié à des tiers. Nous avons suffisamment exposé cette solution dans les deux précédents chapitres pour ne faire que l'indiquer ici.

CHAPITRE V

Engagement militaire.

La loi de 1889 sur le recrutement de l'armée exigeait le consentement du père, de la mère ou du tuteur pour l'engagement militaire. Elle reproduisait d'ailleurs les dispositions des lois de 1832 et 1872 qui avaient modifié l'article 374 du code civil, permettant à l'enfant de s'enrôler de sa propre volonté après l'âge de 18 ans révolus.

Le consentement du père suffisait pendant le mariage et celui de la mère au cas où son mari était décédé ou incapable d'exercer ses droits. Le cas du divorce n'avait pas été prévu.

Des décisions judiciaires avaient déclaré valable le consentement de la mère seule.

La mère qui a obtenu, pendant l'instance en séparation de corps, la garde et la surveillance des enfants, a le droit d'agir aux lieu et place du père dans tous les cas d'urgence et lorsque leur intérêt l'exige.

Ainsi, elle peut donner elle-même, alors surtout que le père ne conteste pas et se borne à faire défaut, le

consentement requis pour l'engagement volontaire d'un an, à la charge par elle de se soumettre personnellement aux obligations pécuniaires afférentes à cet engagement (1).

Loi du 21 mars 1905.

La nouvelle loi conserve, comme condition de l'engagement, le consentement des parents. « L'enfant, s'il a moins de 20 ans, doit être pourvu du consentement de ses père et mère ou tuteur ; ce dernier doit être autorisé par une délibération du conseil de famille.

Mais l'alinéa suivant ajoute une innovation considérable : « *En cas de divorce ou de séparation de corps, le consentement de celui des époux, auquel la garde de l'enfant aura été confié sera nécessaire et suffisant.* »

Innovation considérable, disons-nous, car le législateur ne donne pas seulement ici une solution à un cas déterminé, il pose un principe absolument nouveau, il fait passer la puissance paternelle à l'époux qui a obtenu la *garde*.

Il est donc permis de s'étonner que ce principe pour ainsi dire incidemment posé ne se retrouve plus dans

(1) T. Marseille, 14 décembre 1872, S., 73, 2, 121. Dans le même sens, Paris, 29 octobre 1886, *le Droit*, 5 novembre 1886.

des lois postérieures à la loi du 21 mars 1905 et que notamment il n'en soit pas fait une entière application dans la nouvelle législation du mariage.

On pourra, il est vrai, nous répondre que la comparaison n'est guère possible entre le mariage et l'engagement militaire. Le consentement de l'époux gardien peut être suffisant pour permettre à l'enfant de s'engager, au contraire le mariage étant un événement beaucoup plus grave en soi, il est nécessaire que le consentement à donner soit entouré de garanties plus sérieuses.

D'autre part, il existe une lacune dans la loi : Elle suppose que l'un des parents est gardien et ne prévoit pas le cas où l'enfant a été confié à un tiers. Si l'on considère le consentement à donner à l'enfant qui s'engage comme un des attributs de la puissance paternelle, il semble difficile de donner ce pouvoir à un étranger. Quoi qu'il en soit nous sommes heureux, au moment de terminer notre étude et d'en tirer une conclusion, de constater que le législateur, dans un cas particulier il est vrai, a donné l'exercice de la puissance paternelle à l'époux gardien. Nous avons soutenu ce principe au cours des divers chapitres examinés, et nous voyons enfin la loi l'admettre ; nous croyons qu'il y a lieu de le généraliser.

CONCLUSION

Nous venons d'étudier la puissance paternelle en ses divers éléments, il nous reste à répondre à la question qui se pose maintenant : quel est son sort lorsque le divorce a rompu les liens du mariage ?

Nous avons vu que certains droits ou certains devoirs restaient au père alors que d'autres au contraire lui étaient enlevés : nous avons constaté combien nombreuses étaient les omissions du code et souvent nous avons dû pour trouver une solution, interpréter des textes confus ou nous guider sur une jurisprudence variable.

Quoi qu'il en soit, il est établi que des divers éléments de la puissance paternelle les uns sont maintenus entre les mains du père et les autres lui sont enlevés.

Or, comme leur maintien intégral dans une même main constitue seul à notre avis la puissance paternelle, nous nous refusons à affirmer qu'elle appartient encore au père après le divorce. Une réponse absolue est impossible en l'état de la loi et il nous

semble que sous l'empire des textes actuels la puissance paternelle subit une *désagrégation*.

Cette désagrégation, nous la constatons seulement en lisant les textes et pour ainsi dire au hasard de ces textes. Elle n'a pas un point de départ précis, tout au plus trouvons-nous le *plus grand avantage* des enfants, base évidemment excellente, mais que nous voyons apparaître seulement à propos du *droit de garde*.

En fait, l'état actuel de la législation est des plus dangereux pour l'enfant qui se trouve beaucoup moins protégé qu'en cas de mort d'un des siens puisqu'à ce moment-là, la tutelle s'ouvre avec toutes ses garanties.

La puissance paternelle est évidemment impossible à maintenir entre les mains du père seul lorsque le mariage est rompu. Il faut pouvoir lui enlever la *garde*, lorsque sa conduite l'exige ; or, si l'un des éléments de la puissance paternelle lui fait défaut, sa suprématie disparaît.

A notre avis, le législateur devrait se pénétrer d'une pensée, à savoir : que le divorce est un *état de fait anormal*. A un état de fait anormal, on ne peut apporter que des remèdes ; ces remèdes n'existent pas, qu'il nous les donne. Qu'il ne pose pas de principe absolu, mais des règles variant avec les états de fait, règles souples il est vrai, mais bien déterminées.

Qu'un chapitre spécial du code vienne régler le sort de l'enfant dont les parents auront divorcé et que dans ce chapitre tous les éléments de la puissance paternelle soient envisagés.

Toutefois, il faudra éviter de faire une part trop large au juge et s'il est certains cas où nécessairement on devra se fier à son pouvoir d'appréciation, que ces cas soient limitativement déterminés.

Nous allons en terminant résumer les modifications que nous voudrions que l'on apportât à la loi actuelle, et les solutions que nous avons données lorsque nous n'avons rencontré aucune réglementation dans les textes.

Droit de garde pendant l'instance. — Tant que l'enfant sera allaité par la mère, l'enfant lui appartiendra à elle seule : le mari ne pourra, usant de la puissance paternelle qui, à ce moment, lui appartient encore, réclamer cet enfant. Cependant, au cas de maladie de la mère dangereuse pour l'enfant et dûment constatée par certificat de médecin, l'enfant pourra être enlevé à sa mère.

Droit de garde. — C'est la matière que la loi a réglementé avec le plus de netteté, et avec le plus de sagesse, nous avons peu de critique à faire. Toutefois nous inspirant de la loi de 1792, nous voudrions qu'en principe l'enfant en bas-âge (jusqu'à 5 ans, par exemple) fut toujours confié à sa mère. Exceptionnel-

lement cependant, lorsque la conduite de la mère l'aurait rendue absolument indigne d'élever son enfant, il serait permis de le lui enlever. Nous avons fait remarquer, en effet, que jusqu'à cet âge la santé physique de l'enfant entre surtout en jeu. Bien entendu ce serait une mesure absolument provisoire et lorsqu'à un âge plus avancé l'enfant serait devenu susceptible d'être corrompu au point de vue moral, il pourrait être retiré à la mère gardienne.

Jouissance légale. — Il y a lieu de compléter l'article 386 qui nous dit seulement que la jouissance légale « n'aura pas lieu au profit de celui des père et mère contre lequel le divorce aurait été prononcé ». A qui passe cette *jouissance* lorsque c'est le père qui a succombé dans l'instance en divorce ? Nous avons étudié la controverse soulevée à ce sujet et il nous a semblé que la *jouissance légale* devait dans ce cas appartenir à la mère.

Consentement à mariage. — Le droit de consentir au mariage devra appartenir en tout état de cause à l'époux chargé de la *garde*.

Si l'enfant a été confié à un tiers mais qu'il existe des ascendants, c'est à eux qu'appartiendra le droit de consentement à mariage.

Quand il n'y aura plus d'ascendants, alors seulement, nous conserverons les dispositions de l'article 152 nouveau (loi du 21 juin 1907), en donnant le

droit au tribunal de départager les deux parents qui seront en désaccord sur le consentement à donner.

Droit de correction. — La question du droit de correction en présence du divorce ne présenterait plus aucune difficulté par l'adoption de la proposition de M. Berthélemy tendant à la réforme complète de cette institution, c'est-à-dire la suppression du droit de correction *par voie d'autorité*. L'exercice en serait toujours subordonné à une décision judiciaire : le tribunal statuerait après une enquête. Le tiers gardien pourrait donc se voir attribuer un droit qui est à juste titre considéré tel qu'il existe comme une des prérogatives de la puissance paternelle et qui pourrait alors coïncider avec le *droit de garde*.

Administration légale. — Elle sera confiée à la mère lorsque celle-ci aura été chargée de la *garde*.

Lorsque l'enfant sera confié à un tiers, le tribunal, après avoir fixé la garde, donnera l'administration à l'un ou l'autre des deux parents. Il n'y a plus aucun motif pour la laisser au père seul, et comme les juges auront pu apprécier les deux époux, ils la donneront à celui qui leur paraîtra le plus apte à agir au mieux des intérêts de l'enfant. Les parents sont, il est vrai, dans le cas que nous supposons, indignes d'élever leur enfant, mais il ne s'ensuit pas qu'ils soient mauvais administrateurs.

Pour les consentements à donner à *l'adoption* et à

l'émancipation, nous nous baserons sur les mêmes principes que pour le consentement à donner au mariage : prépondérance de l'époux gardien et recours au tribunal lorsqu'on se trouvera en présence d'une personne étrangère chargée de la garde.

Telles sont les diverses réformes qu'il nous semblerait bon d'introduire dans la loi. On peut, à juste titre, leur faire le grave reproche de ne pas respecter le grand principe de la puissance paternelle, mais cette puissance peut-elle exister encore lorsqu'a disparu le foyer conjugal qui en était la base même ? Nous le répétons, le divorce est un état de fait anormal avec lequel des principes normaux ne peuvent s'accorder et dont il faut chercher seulement à atténuer les funestes résultats.

APPENDICE

Législation comparée.

A. — ALLEMAGNE.

En cas de dissolution du mariage pour l'une des causes prévues du paragraphe 1565 au paragraphe 1568, c'est-à-dire : 1° pour adultère ou bigamie, crimes contre nature ; 2° attentat à la vie ; 3° abandon malicieux ; 4° sévices graves, mauvais traitements, injures, si le divorce a été prononcé contre l'un des époux, le droit de garde appartient à l'autre : si le divorce a été prononcé aux torts réciproques, c'est à la mère qu'on confie les filles et les fils âgés de moins de 6 ans. Au-dessus de cet âge, les fils appartiennent au père. Comme chez nous on se préoccupe de l'intérêt des enfants et le tribunal des tutelles peut régler la question différemment si cet intérêt l'exige.

Le père reste toujours le représentant de son enfant et l'époux qui n'en a pas la garde a le droit de le voir (§§ 1635-1636). Lorsque le père est tenu de subvenir aux frais d'entretien de l'enfant, la femme doit y

contribuer suivant ses moyens, même sur le produit de son travail, à moins que l'enfant ayant une fortune personnelle dont le père a l'usufruit, les revenus ne soient suffisants pour couvrir entièrement la dépense (§ 1585).

B. — AUTRICHE.

Faute par les conjoints d'avoir décidé d'un commun accord à qui seront confiés les enfants, le tribunal, sans admettre de débat sur ce point, confie à la mère les garçons jusqu'à l'âge de 4 ans et les filles jusqu'à 7 ans (§ 142). Si le père est sans ressources, c'est à la mère qu'incombe la charge de l'entretien (§ 143).

C. — HONGRIE.

Le juge en prononçant le divorce règle la question de la garde et de l'entretien des enfants. Si les parents n'ont à ce sujet fait aucune convention, les enfants restent jusqu'à 7 ans auprès de leur mère; à partir de cet âge ils sont confiés à l'époux qui a obtenu le divorce. Au cas de divorce aux torts réciproques, le père a la garde des fils et la mère celle des filles. Nous avons dit que les parents pouvaient régler la question suivant une convention faite entre eux. Elle n'est pas obligatoire pour le tribunal pas plus d'ailleurs que les règles que nous venons de citer. Le juge peut, suivant

les circonstances, prendre des déterminations ayant uniquement pour motif et pour but, l'intérêt des enfants.

Le père et la mère contribuent à l'entretien et à l'éducation en proportion de leurs revenus, si les enfants n'ont pas de fortune personnelle ou si elle n'est point suffisante (§ 95).

Le juge qui ne se trouve point assez renseigné pour pouvoir statuer immédiatement sur la garde et l'entretien ne se prononce pas sur ces questions et après le procès, il communique le dossier aux autorités tutélaires à qui il incombera de prendre une détermination (§ 96).

D. — ESPAGNE.

En Espagne, le divorce n'étant pas admis, nous ne pouvons que considérer les effets de la séparation de corps : les enfants sont placés « sous la puissance et la protection » de l'époux qui est innocent. Si les deux époux sont coupables, on met les enfants en tutelle, sauf exception la mère conserve la garde de ceux qui ont moins de 3 ans.

Si la séparation a été prononcée pour adultère, sévices ou injures graves, à la mort de l'époux innocent, l'autre peut demander à ce que la puissance paternelle lui soit rendue.

E. — ANGLETERRE.

Avant ou après l'arrêt final, le juge a le droit de prescrire les mesures qu'il trouve nécessaires pour la garde et l'éducation des enfants.

C'est en principe le père qui est gardien naturel.

La matière est aujourd'hui réglée par une loi du 24 avril 1873. La division de Chancellerie de la Haute Cour de justice peut sur la requête du next friend de la mère ordonner que celle-ci aura libre accès auprès de son enfant âgé de moins de 16 ans ou même qu'elle pourra le garder près d'elle jusqu'à cet âge. La Cour établira les conditions qui lui sembleront nécessaires et fixera notamment les jours et heures de visite accordés au père ou au tuteur. Les conventions passées entre le père et la mère ne sont pas nulles parce qu'elles tendent à donner à la mère la garde et la surveillance de l'enfant, mais la Cour guidée par l'intérêt des enfants est libre de n'en tenir aucun compte.

F. — ITALIE.

La mort seule dissout le mariage en Italie. Nous aurons donc à considérer seulement les effets de la séparation.

Le tribunal a le pouvoir de déclarer quel est celui des conjoints qui doit garder près de lui les enfants,

pourvoir à leur entretien et s'occuper de leur éducation. Il peut dans des cas graves et exceptionnels décider qu'ils seront confiés à un tiers ou placés dans une maison d'éducation (art. 154). Les parents, quel que soit le sort des enfants, ont un droit de surveillance sur l'éducation (art. 155).

G. — JAPON.

En cas de divorce par consentement mutuel, la garde des enfants appartient au père, sauf convention contraire entre les époux : en principe, au cas de divorce prononcé par le juge, c'est encore le père à qui sont confiés les enfants, à moins que le tribunal ne vienne en décider autrement.

H. — PAYS-BAS.

Le principe est que les enfants devront être confiés à l'époux ayant obtenu le divorce, le tribunal peut dans leur intérêt ordonner une mesure différente (art. 284) ; quelle que soit la situation de l'enfant, les père et mère conservent sur lui tous les droits qui découlent de la puissance paternelle : ils sont admis à surveiller l'éducation et doivent contribuer à son entretien en proportion de leurs moyens (art. 285).

I. — PORTUGAL.

La séparation seule est admise. Lorsqu'un époux

introduit une demande en séparation, le juge réunit un conseil de famille composé, outre un officier du ministère public ayant voix consultative, de trois parents ou amis pour chacun des conjoints. C'est à ce conseil qu'il appartient de régler les mesures qui doivent être prises à l'égard des enfants, à défaut de convention entre les parents et ces décisions doivent être homologuées par le tribunal.

Lorsque les enfants sont confiés aux soins et à la garde des conjoints, l'autre époux n'est pas pour cela déchargé de ses obligations, ni privé de ses droits paternels, pourvu qu'il ne mette point obstacle aux attributions spécialement conférées au premier (art. 1212).

J. — SUÈDE.

Au cas de divorce: Si les époux ne s'entendent pas sur l'attribution des enfants à l'un ou à l'autre d'entre eux, c'est à l'époux innocent qu'ils doivent l'être. S'il n'est pas à même de les élever, le juge apprécie s'il vaut mieux les remettre à l'autre ou à un tiers ; dans tous les cas le père et la mère ont à concourir à leur entretien dans la proportion qui aura été fixée (§ 3).

Au cas de séparation prononcée contre le mari, la femme garde ses enfants.

Au cas où elle est prononcée contre la femme, celle-ci perd tout droit à la direction de la maison. Si les

deux époux sont coupables, c'est au plus apte des deux qu'on confie la garde, à aptitudes égales on préférera le mari. Deux administrateurs peuvent être nommées si les parènts sont reconnus incapables, ils s'occuperont des enfants et de leurs biens.

K. — SUISSE.

La situation créée aux enfants par le divorce est réglementée d'une façon précise par les différentes législations cantonales.

A Zurich (code civ., 223-227) et en Thurgonie (c. civ., 123-127) les enfants sont confiés à la mère jusqu'à 5 ans révolus, et passé cet âge, au père sauf aux autorités tutélaires à prendre d'autres mesures déterminées par l'intérêt des enfants.

Le code de Shaffhouse fixe l'âge à 5 ans au lieu de 6 (210-214). Dans les Grisons et à Lucerne, le tribunal décide souverainement à qui doit être confiée la garde des enfants et impose leur entretien (c. c.Gris., § 55; L. Lucerne, 1880, § 25). A Soleure et en Argovie, les enfants doivent être remis en principe à l'époux innocent qui a demandé le divorce (C. Sol., § 158; C. Arg., § 149). Dans les cantons de la Suisse Romande on a maintenu les règles inscrites aux articles 302 à 305 du code civil français. A Bâle-ville (loi sur le régime matrimonial, § 23) le tribunal doit prendre d'office, les mesures qu'il juge les plus conformes à l'intérêt

des enfants, tout en confiant de préférence à l'époux innocent, s'il n'y a pas de graves motifs pour qu'il en soit autrement.

On remarquera que, parmi ces diverses législations, nombre d'entre elles prennent comme point de départ de leurs dispositions l'âge et le sexe des enfants: c'est ainsi qu'en Allemagne, en Autriche, en Angleterre, en Espagne, en Suisse, le droit de garde varie suivant l'âge.

C'était du reste le principe de la loi française de 1792.

Nous avons déjà essayé de démontrer quels sont les avantages de ce système, nous n'avons donc point à y revenir; néanmoins c'est la conclusion qui se dégage de l'examen que nous venons de faire.

Vu :
Le Doyen,
LYON-CAEN.

Vu :
Le président de la thèse,
R. PIÉDELIÈVRE.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS	5
------------------------	---

INTRODUCTION

Historique	9
Droit romain. — <i>Ancien droit</i>	9
<i>Période classique</i>	10
<i>Epoque de Justinien</i>	11
Droit de l'ancien régime.	11
Droit intermédiaire. — <i>Loi du 20 septembre 1792</i> . .	12
Code civil	13
Que devient la puissance paternelle après le divorce . .	14
Systèmes proposés par les auteurs	14
§ 1. — La puissance paternelle va où va le droit de garde	16
§ 2. — La puissance paternelle se partage entre les deux conjoints	18
§ 3. — La puissance paternelle reste avec toutes ses conséquences entre les mains du père . . .	20
§ 4. — La puissance paternelle disparaît pour faire place à la tutelle	21

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE PREMIER. — <i>Droit de garde</i>	25
Section I. — Droit de garde au cours de l'instance . .	25
Section II. — Le divorce a été prononcé	28

Article 302	28
Par qui ces mesures peuvent être prises	33
Caractère provisoire des mesures.	36
Exécution des mesures	37
Cessation du droit de garde par la mort	39
Droits et pouvoirs du gardien et restrictions à ces pouvoirs par l'art. 303.	40
CHAPITRE II. — <i>Jouissance légale</i>	47
Section I. — Droit de jouissance. — Son origine.	47
Article 384	48
Perte de la jouissance légale par l'époux coupable.	48
Section II. — Loi du 23 février 1906	53
Section III. — Situation faite par la nouvelle loi à la femme qui, en se remariant, a perdu la jouissance.	55
CHAPITRE III. — <i>Consentement à mariage</i>	60
Que se passait-il avant la loi du 20 juin 1896.	60
Loi du 20 juin 1896	62
Loi du 21 juin 1907	64

DEUXIEME PARTIE

CHAPITRE PREMIER. — <i>Droit de correction</i>	71
Solutions admises.	73
Réforme proposée par M. Berthélemy	78
CHAPITRE II. — <i>Administration légale</i>	79
Article 389	79
Article 390	80
Solutions admises :	
<i>Le père garde l'administration</i>	80
<i>L'administration suit la garde</i>	83
CHAPITRE III. — <i>Consentement à l'émancipation</i>	92
Article 447	92
Droit que se reconnaissent les tribunaux de contrôler l'émancipation	95
CHAPITRE IV. — <i>Du consentement à l'adoption</i>	102

Article 346	102
CHAPITRE V. — <i>Engagement militaire</i>	106
Loi de 1889	106
Loi du 21 mars 1905	107

CONCLUSION

Réformes proposées :

<i>Droit de garde pendant l'instance</i>	111
<i>Droit de garde</i>	111
<i>Jouissance légale</i>	112
<i>Consentement à mariage</i>	112
<i>Droit de correction</i>	113
<i>Administration légale</i>	113
<i>Adoption et émancipation</i>	113

APPENDICE

Législation comparée

A. — Allemagne	115
B. — Autriche	116
C. — Hongrie	116
D. — Espagne	117
E. — Angleterre	118
F. — Italie	118
G. — Japon	119
H. — Pays-Bas	119
I. — Portugal	119
J. — Suède	120
K. — Suisse	121

LA ROCHELLE, IMPRIMERIE NOUVELLE NOEL TEXIER ET FILS.

